

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

**JULIANA GOULART FERREIRA**

**ASPECTOS CRÍTICOS DOS INSTRUMENTOS DE DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS  
PÚBLICOS A ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS**

**FLORIANÓPOLIS**

**2016**

**JULIANA GOULART FERREIRA**

**ASPECTOS CRÍTICOS DOS INSTRUMENTOS DE DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS  
PÚBLICOS A ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS**

Trabalho de conclusão de curso de graduação, realizado em cumprimento de parte dos requisitos para obtenção do grau de bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart  
Cademartori

**FLORIANÓPOLIS**

**2016**



**Universidade Federal de Santa Catarina**  
**Centro de Ciências Jurídicas**  
**COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO**

**TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E**  
**ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA**

Aluno(a): Juliana Goulart Ferreira  
RG: 4886024  
Matrícula: 1210012-3  
Título do TCC: Aspectos Críticos dos Instrumentos de Delegação de Serviços  
Públicos a Entidades Sem Fins Lucrativos  
Orientador(a): Luiz Henrique Urquhart Cademartori

Eu, Juliana Goulart Ferreira, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 4 de julho de 2014.

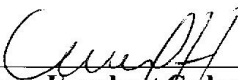
**JULIANA GOULART FERREIRA**

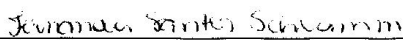
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

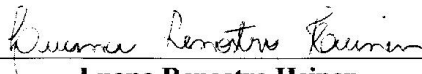
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “Aspectos Críticos dos Instrumentos de Delegação de Serviços Públicos a Entidades Sem Fins Lucrativos”, elaborado pela acadêmica Juliana Goulart Ferreira, defendido em 04/07/2016 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 4 de julho de 2016.

  
\_\_\_\_\_  
**Luiz Henrique Urquhart Cademartori**  
Professor Orientador

  
\_\_\_\_\_  
**Fernanda Santos Schramm**  
Membro de Banca

  
\_\_\_\_\_  
**Luana Renostro Heinen**  
Membro de Banca

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais e irmãos, que fazem parte de cada pequeno momento da minha vida. Ao meu parceiro de caminhada, que suportou comigo as dificuldades de uma segunda graduação e que me mostrou que eu era muito mais forte do que eu imaginava.

Agradeço aos colegas e mestres do curso de Direito, que sempre tiveram muito a me ensinar, e também aos colegas e mestres do Ministério Público, com quem aprendo um pouco mais a cada dia, a ser uma profissional e uma pessoa melhor.

Ao meu orientador, professor Cademartori, que me incentivou a dar continuidade ao estudo e se dispôs a contribuir com seu distinto conhecimento.

*O universo é demasiado harmônico, grandioso  
e avassalador para se acreditar que é tudo obra  
do acaso.*

Mitch Albom

## RESUMO

O objetivo do presente trabalho foi esquematizar os principais instrumentos de delegação de serviços públicos a entidades sem fins lucrativos e distinguir alguns dos problemas sobressalentes de sua aplicação para a Administração Pública brasileira. Buscou-se apresentar uma conceituação prática do serviço público e contextualizar a criação dos instrumentos de delegação a partir da evolução histórica das atividades estatais, com ênfase à realidade brasileira e, em específico, à reforma gerencial do Estado. Analisou-se a forma de organização das entidades sem fins lucrativos e suas principais características no ordenamento jurídico brasileiro. Foram apresentados os instrumentos que delegam a essas entidades serviços públicos a cargo do Estado, com detalhamento de convênios, contratos de gestão, termos de parceria, termos de colaboração, termos de fomento e acordos de cooperação, bem como seus principais fundamentos legais. Ao final, ilustrou-se algumas das inconsistências da criação desses instrumentos e os problemas gerados pela sua implementação à Administração Pública brasileira.

**Palavras-Chave:** Administração Pública, serviços públicos, instrumentos de delegação.

## **ABSTRACT**

The aim of this study was to lay out the main public service delegation instruments to non-profit entities and distinguish some of the foremost problems of its application to the Brazilian Public Administration. It was attempted to present a practical concept of public service and contextualize the creation of delegation instruments from the historical evolution of state activities, with emphasis on the Brazilian reality and, in particular, the management reform of the state. It was analyzed the form of organization of non-profit organizations and their main characteristics in the Brazilian legal system. It was also presented the instruments to delegate public services to these entities by the State, with details of agreements, management contracts, partnership terms, collaboration terms, terms of development and cooperation agreements, as well as its main legal basis. Finally, some of the inconsistencies of the creation of these instruments and the problems generated by its implementation to the Brazilian Public Administration were illustrated.

**Keywords:** public administration, public services, delegation instruments.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>1. ASPECTOS DESTACADOS DO SERVIÇO PÚBLICO E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA .....</b>	<b>10</b>
<b>1.1 Conceituação do Serviço Público .....</b>	<b>10</b>
<b>1.2 Evolução histórica das atividades estatais .....</b>	<b>12</b>
1.2.1 Evolução do Estado brasileiro e os serviços públicos no país .....	14
1.2.2 A Reforma Gerencial do Estado no Brasil .....	18
<b>2. DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS A ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS .....</b>	<b>22</b>
<b>2.1 Entidades sem Fins Lucrativos .....</b>	<b>23</b>
<b>2.2 Instrumentos de delegação de serviços públicos a entidades sem fins lucrativos .....</b>	<b>25</b>
2.2.1 Convênios .....	26
2.2.2 Contratos de Gestão .....	29
2.2.3 Termos de Parceria .....	35
2.2.4 Termos de Colaboração, Termos de Fomento e Acordos de Cooperação .....	38
<b>3. PROBLEMAS REMANESCENTES DOS INSTRUMENTOS DE DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS A ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS .....</b>	<b>43</b>
<b>3.1 Debilidade das justificativas da Reforma Gerencial do Estado no Brasil .....</b>	<b>44</b>
<b>3.2 Enfraquecimento do papel das entidades do terceiro setor no controle social .....</b>	<b>47</b>
<b>3.3 Desconsideração da qualificação técnica das entidades sem fins lucrativos para delegação de serviços públicos .....</b>	<b>48</b>
<b>3.4 Parceria com o setor privado como fuga ao Regime Jurídico Público .....</b>	<b>49</b>
3.4.1 Relevância do controle na aferição de resultados dos serviços delegados .....	52
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>54</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>57</b>

## INTRODUÇÃO

Compreender os limites daquilo que se caracteriza como serviço público, ao contrário do que pode parecer inicialmente, não é uma tarefa tranquila. A delimitação do conceito leva em conta as circunstâncias sociais e o momento histórico nos quais é concebida e as constantes transformações políticas, jurídicas e sociais acabam por influenciar seu entendimento no decorrer do tempo, motivo pelo qual somente é possível compreender o conceito de serviço público quando se analisa a conjuntura na qual ele se constrói.

No Brasil, desde o período colonial até os dias atuais, o serviço público se desenvolveu sob diversas perspectivas. Perpassou dos serviços pontuais de infraestrutura realizados pelo governo português à doutrina de bem-estar social que se tentou implantar com a Constituição de 1988. Entremeando esse longo intervalo de tempo, alguns marcos podem ser citados como de grande importância para a construção do serviço público como é concebido atualmente no contexto brasileiro, como a reforma burocrática implantada por Getúlio Vargas, o desregramento administrativo no período militar e, em especial, a promulgação da Constituição da República até hoje em vigor, que visou uma base social ideal a ser assegurada pelo Estado.

A carta constitucional, além disso, implementou ferramentas que buscavam elidir a má gestão do patrimônio estatal pelos gestores públicos, ao enrijecer os processos administrativos. Determinou-se, por exemplo, a contratação por meio de licitação, a seleção de servidores públicos por concursos e a estrita vinculação dos gestores aos ditames legais.

Esse enrijecimento, no entanto, originou o ideal de reforma na política brasileira, que buscava a redução do tamanho do Estado e uma maior eficiência na prestação de serviços públicos com a sua transferência ao setor privado. Esta foi a ideia central do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado que, mesmo não tendo sido implementado em sua integralidade, provocou diversas mudanças na organização da Administração Pública no país.

Uma importante mudança, nesse sentido, foi o alargamento do papel das entidades sem fins lucrativos na prestação de serviços públicos, pela celebração de instrumentos negociais, adotados pelo Estado, que objetivavam dar maior agilidade à atividade estatal ao permitirem a delegação dessas atividades às mencionadas entidades, regidas pelo direito privado. Não se pode negar que esse novo modelo de prestação de serviços públicos outorgou dinamicidade ao processo, tendo em vista que essas entidades não ficam entranhadas no regime jurídico de direito público.

A flexibilização trazida por esses instrumentos, no entanto, está ainda entremeada por proeminentes discussões doutrinárias e jurisprudenciais, em decorrência, principalmente, da problemática trazida à Administração Pública pela oposição de seus preceitos constitucionais ao ideário da reforma gerencial do Estado.

Consideradas essas circunstâncias, este trabalho pretende tecer uma análise crítica acerca dos instrumentos de delegação de serviços públicos a entidades sem fins lucrativos, examinando-os sob aspectos jurídicos e operacionais, de modo a compreender as consequências de seus ideais teóricos e a realidade prática de sua aplicação.

Para isso, será abordado, no primeiro capítulo, a construção do conceito de serviço público, a transformação histórica das atividades abrangidas pelo Estado no contexto global e, no que se refere ao Brasil, apontar a evolução da prestação de serviços, com destaque à reforma gerencial do Estado que culminou no estabelecimento dos instrumentos de delegação de serviços públicos de que trata este trabalho.

O capítulo segundo se voltará a analisar a delegação de serviços públicos a entidades sem fins lucrativos. Assim, serão traçadas as principais características dessas entidades, bem como as dos instrumentos que podem delegar a elas serviços públicos, como convênios, contratos de gestão, termos de parceria e, por fim, termos de colaboração, termos de fomento e acordos de cooperação.

Ao final, o terceiro capítulo comentará alguns dos problemas remanescentes da criação e da aplicação concreta desses instrumentos de delegação, que, se mal utilizados, podem trazer reflexos danosos à Administração Pública, e identificará, ainda, algumas das mudanças trazidas pela Lei n. 13.019/2014.

## **1. ASPECTOS DESTACADOS DO SERVIÇO PÚBLICO E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA**

### **1.1 Conceituação do Serviço Público**

A intervenção estatal na ordem econômica, segundo se reconhece atualmente na doutrina pátria, pode se dar por duas diferentes formas, que são o exercício de atividade econômica por parte da Administração Pública e a prestação de serviços públicos.

No que se refere ao exercício de atividade econômica pelo Estado, a Constituição Federal de 1988 expressamente determina, em seu artigo 173, ressalvados os casos previstos na mesma Carta Constitucional, que “a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”.

Diferentemente, a carta política impõe que “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos” (art. 175). Conforme comenta Justen Filho (2003), essa titularidade atribuída ao Estado decorre da natureza da necessidade a ser atendida pelo serviço público, que, em regra, vincula-se às manifestações da dignidade humana, motivo pelo qual os referidos serviços não estariam completamente abertos ao mercado, devendo o Estado prestá-los.

Encontrar um conceito preciso de serviços públicos, porém, trata-se de uma tarefa dificultosa, senão inviável, especialmente porque não há, na doutrina e na jurisprudência, uma definição uniforme. Aliás, em se tratando da definição de serviço público, relevante considerar que, a depender de cada ordenamento jurídico, haverá um conceito diferente que refletirá as circunstâncias do momento histórico em que foi elaborado (JUSTEN FILHO, 2003).

A título de ilustração, cita-se a Escola do Serviço Público, iniciada na França pós Revolução Industrial, que teve em Leon Duguit um de seus principais expoentes e que entendia que o Estado era uma coordenação de serviços públicos, isto é, toda e qualquer atividade desenvolvida pela Administração Pública enquadrava-se nesse conceito, ampliando-o a tal ponto que Estado e serviço público se confundiam. Considerando-se que, no momento em que essa corrente foi elaborada, a sociedade carecia da ampla intervenção do Estado, justifica-se a amplitude da concepção desse conceito.

Do mesmo modo, o atual contexto histórico brasileiro também permite inferir, das características próprias do sistema jurídico adotado no país, constantes que podem auxiliar na elaboração de um conceito para fins práticos. Nesse intento, acode-se das formulações dos autores administrativas com o intuito de melhor compreender o instituto.

Moreira Neto (2014), por exemplo, adota um conceito instrumental de serviço público, ou seja, acredita que os serviços públicos, bem como as competências para prestá-los, são aqueles expressos como funções administrativas na Constituição de 1988 que têm como missão a realização dos direitos fundamentais das pessoas.

Para Di Pietro (2015a), são serviços públicos todas as atividades materiais que a lei atribui para realização do Estado, diretamente ou por seus delegados, que visem satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sobre as quais incidem, total ou parcialmente, o regime jurídico público.

O serviço público, de acordo com a obra de Hely Lopes Meirelles (2010, p. 350-351), se caracteriza como “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”.

Carvalho Filho (2016) ressalta a dificuldade em se definir o conceito de serviço público, por se tratar de uma expressão que admite mais de um sentido. O autor aborda os sentidos do conceito que considera como fundamentais, um subjetivo e outro objetivo: o sentido subjetivo leva em conta os órgãos do Estado responsáveis pela execução das atividades voltadas à coletividade, enquanto o sentido objetivo entende o serviço público como a atividade em si, prestada pelo Estado e seus agentes, submetida precipuamente ao regime jurídico de direito público e que se volta essencialmente à comunidade.

Do mesmo modo, Aragão (2009, p. 9) comenta a amplitude do conceito de serviço público e argumenta que, muito embora grande parte dos conceitos existentes na doutrina se concentre na base axiológica das atividades estatais, isto é, o bem-estar da sociedade, a conceituação deveria ter como fundamento, na verdade, seu regime jurídico. Segundo o autor, “deve haver algo quantitativa e qualitativamente comum aos regimes jurídicos dessas diversas atividades que justifique a colocação de todas elas sob o mesmo conceito geral”. O autor propõe então um conceito de serviço público que acredita ser operacional e inferível da Constituição Federal:

serviços públicos são as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela Lei a cargo do

Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade. (ARAGÃO, 2009, p. 31)

Tomando-se por base os conceitos perfilhados pela doutrina pátria, percebem-se alguns traços caracterizadores dos serviços públicos apontados repetidamente pelos administrativistas, como a realização de atividades estipuladas em normas (legais ou constitucionais), pelo Estado ou seus delegatários, com a finalidade de atender necessidade, utilidade, comodidade ou conveniência pública, submetidas total ou parcialmente ao regime jurídico de direito público.

A partir dessa breve abordagem sobre o que atualmente se entende por serviço público no Brasil, no que tange a algumas das atividades a serem prestadas pela Administração, será abordado no próximo tópico a evolução histórica do serviço público que culminou na sua presente significação.

## **1.2 Evolução histórica das atividades estatais**

Como se viu, a elaboração de um conceito de serviço público muito se relaciona à sua construção histórica. Existiram variações no conceito com o decorrer do tempo, especialmente porque “a evolução do Estado gerou mudanças no papel que deve ser desempenhado pela Administração Pública” (OLIVEIRA, 2015, p. 33). Em vista disso, cabe averiguar a evolução histórica dos serviços públicos, para melhor discernimento sobre seus aspectos mais marcantes no sistema jurídico brasileiro.

As primeiras noções de serviço público remontam à antiguidade, muito embora o sentido não representasse, àquela época, o equivalente ao que o termo significa atualmente. De acordo com Aragão (2013), já existiam noções de utilidade pública e utilidade privada no período antigo, fixando-se às instituições públicas funções de decisão e comando para velar pela coisa pública, incluindo-se aí o dever de organizar serviços destinados à satisfação de necessidades consideradas essenciais aos cidadãos.

Após o período feudal, a concentração populacional nas cidades permitiu a centralização dos poderes nas mãos do Rei, e possibilitou a criação e a aplicação do Direito em um território determinado. Nesse período absolutista, o Estado possuía caráter patrimonialista, isto é, os bens de utilidade coletiva e as funções de organização social, que cabiam ao Rei, eram como se fossem de sua propriedade. As atividades prestadas por particulares sofriam constante interferência estatal, e as atividades prestacionais do Estado

Absolutista visavam apenas as necessidades do aparato estatal, sem o intuito de proporcionar utilidade aos súditos (ARAGÃO, 2013).

As revoluções burguesas do século XVIII, que irromperam do crescimento econômico da burguesia e do descabimento dos paradigmas absolutistas perante a nova realidade que se apresentava, urgiram por mudanças na estrutura social e deram origem ao Estado Liberal.

Nesse período, o Estado tinha o poder limitado pela vontade da burguesia, por meio de normas constitucionais assecutorias dos espaços individuais de liberdade, inclusive econômica e, de acordo com Oliveira (2015, p. 36), “em razão da desconfiança e do medo da sociedade em relação ao período anterior, o Estado Liberal de Direito foi concebido como um Estado eminentemente abstencionista”.

Grande parte da doutrina entende que nascimento do Direito Administrativo autônomo se relaciona com a consagração dos ideais da Revolução Francesa, pois nesse momento histórico esse ramo do Direito é concebido para regular as relações envolvendo o Estado e o exercício das atividades administrativas. Relevante observar, a esse respeito, conforme destaca Cademartori (2008), que o entendimento de que o Direito Administrativo teve origem datada e que representou uma ruptura total com o passado não é pacífico, pois que existem, desde textos medievais, vestígios da ocorrência de sujeição estatal às normas de direito, e que os ideais revolucionários seriam, na verdade, responsáveis por profundas mudanças nas relações entre a Administração e os particulares.

Aragão (2013, p. 33) comenta que, em decorrência das características do Estado Liberal, a organização administrativa era reduzida, as atividades realizadas pelo Estado tinham como principal propósito “auxiliar o bom desempenho das atividades econômicas da classe burguesa, que, por ser a única com voto, tinha integral controle sobre o aparelho estatal”.

Mais tarde, com o advento da Revolução Industrial, no século XIX, e as péssimas condições de trabalho a que era submetido o proletariado, também o Estado Liberal demonstrou não ser completamente apropriado aos anseios sociais. Oliveira (2015, p. 36) alega que, naquele momento, “a evolução do Estado demonstrou a necessidade da intervenção estatal nas relações econômicas e sociais, pela imposição de normas de ordem pública, com o intuito de afastar a desigualdade social gerada pelo abstencionismo do Estado Liberal”.

Surge, então, a partir dessas mudanças sociais e da garantia de preceitos básicos aos cidadãos, o que viria a ser conhecido como Estado Social de Direito. Nesse modelo, exigiu-se a atuação intervencionista do Estado, o que representa um “grande aumento no número de

serviços públicos e atividades econômicas em geral exploradas pelo Estado” (ARAGÃO, 2013, p. 40). Nas palavras de Oliveira (2015, p. 36):

Com o surgimento do Estado Social de Direito (Welfare State), notadamente após a Segunda Guerra Mundial, a intervenção estatal na economia e nas relações sociais ganhou força, minimizando algumas mazelas da época liberal. A ampliação dos serviços públicos exigiu uma atuação mais ágil e eficiente do poder público, fazendo-o adotar modelos e instituições típicas do cardápio do Direito Privado. [...]

Como consequência, foram ampliadas e concentradas atividades administrativas nas mãos do Estado. Essa assunção de funções pelo Estado acarretou, mais tarde, hipertrofia do aparelho estatal, que exigiu novas adequações da estrutura administrativa. Desse contexto adveio o neoliberalismo, adotado em diversos países a partir da segunda metade do século XX, como um modelo prestado a ajustar os princípios do liberalismo clássico à necessidade de um Estado Social.

No Brasil, diversas modificações do papel do Estado são também perceptíveis, desde sua colonização, à semelhança do ocorrido no restante do mundo. O país, porém, teve de lidar com suas singularidades em certo descompasso em relação às demais nações, a respeito das quais enseja esboçar uma breve recapitulação.

### 1.2.1 Evolução do Estado brasileiro e os serviços públicos no país

É possível afirmar que, desde o período em que o Brasil era colônia portuguesa, existia no país determinada estrutura política e administrativa, sem, efetivamente, haver uma organização estatal.

De acordo com Costa (2008), nesse período, existia uma ampla, complexa e ramificada administração, a qual, porém, não se alinhava a princípios uniformes de divisão de trabalho, simetria e hierarquia. Em razão dessa débil configuração anterior, apenas quando do desembarque da Coroa portuguesa no país, em 1808, deu-se o marco para a construção do Estado nacional.

Com a chegada da corte ao Brasil – que na época carecia de infraestrutura mínima –, fez-se indispensável investimento em melhorias básicas, o que obrigou o Rei a instalar serviços públicos:

Foi com a vinda da Corte de Dom João VI para o Brasil que se começou a pensar sobre os serviços públicos de infraestrutura urbana. A nobreza



portuguesa, não suportando o odor e a insalubridade do Rio de Janeiro, pressionou o Rei para que tomasse providências. [...]. (ARAGÃO, 2013, p. 57).

Além disso, Costa (2008) comenta que a instalação da corte ensejou a criação de uma série de organismos que existiam na antiga sede do Reino, e muitas dessas criações e inovações institucionais, jurídicas e administrativas tiveram grande impacto na vida econômica, social, política e cultural do Brasil.

A partir de 1822, com a independência do país, outras inovações foram efetuadas. As primeiras concessões de serviços públicos, por exemplo, foram efetivadas na época do Brasil Império, especialmente das ferrovias, ainda com base na ideia de concessão para utilização do domínio público (ARAGÃO, 2013).

Após instaurada a República, segundo comenta Aragão (2013, p. 59), a maior preocupação era a existência de infraestrutura, “como forma de se moldarem a identidade e a integração nacional, mantido o liberalismo reinante”. Isso porque, com a enorme extensão do território nacional, era esperado que houvessem lugares onde não se tivesse conhecimento sobre a situação política do país e, se todos antes serviam ao Monarca, era preciso que forjassem a mesma lealdade para com a República.

Durante todo esse período da história do país, que abrange o Brasil Colônia, Império e República, até início da década de 1930, predominava o modelo de administração pública patrimonialista, o qual se caracteriza pela confusão entre o que é público e o que é privado. O citado modelo de administração é decorrente, em regra, de um Estado centralizador, no qual aqueles que governam interpretam-se no poder de tirar do Estado proveitos pessoais:

Até a Revolução de 1930, o modelo patrimonial de administração pública é predominante. Constata-se que a sociedade brasileira foi criada e desenvolvida sob o controle atento de um Estado centralizador e extorquido por uma elite patrimonial e burocrática que insistiu, por longo período, em enriquecer e garantir os privilégios em detrimento da maioria excluída deste processo. (SOUZA e MELLO, 2013, p. 4).

Diferente dos países europeus, em que o absolutismo patrimonialista teve sua derrocada com a Revolução Francesa, a superação dessa forma de organizar o Estado, no Brasil, só ocorreu com o Estado Novo, quando o poder público passou a intervir fortemente na economia. Trata-se, no país, da implantação de um sistema de Bem-Estar Social.

Nessa época, a tendência era a estatização dos serviços públicos, especialmente aqueles que eram indispensáveis ao desenvolvimento do país, como os serviços de energia

elétrica, serviços ferroviários, transportes coletivos, entre outros (ARAGÃO, 2013). Nas palavras de Lima Júnior (1998, p. 6), “além de um estado administrativo, centralizador, ele passou a assumir as feições de um estado intervencionista”.

Internamente, as reformas realizadas no governo de Getúlio Vargas buscavam implantar um sistema mais racional de administração pública, que pretendia robustecer os processos administrativos, profissionalizar o corpo de funcionários, com promoções baseadas no mérito, e elaborar uma definição legal rígida de objetivos e meios para alcançá-los, como forma de combater o patrimonialismo até então instalado (BRESSER PEREIRA, 1998).

Uma das consequências do modelo burocrático de administração pública instalado pelas reformas de 1930, porém, foi o engessamento da máquina estatal. Por ter ênfase nos métodos utilizados para administrar e na padronização do modo de realização de cada etapa do processo a fim de evitar desvios, o modelo burocrático omitia-se em observar os resultados alcançados. Por conta disso, de acordo com Lima Júnior (1998), no governo militar no Brasil, fez-se uma tentativa de implantar instrumentos de gestão que flexibilizassem e descentralizassem o poder público por meio da administração indireta, instrumentos esses que foram incorporados ao Decreto-Lei n. 200, de 1967.

Bresser Pereira (1998) ressalta que, muito embora o Decreto Lei n. 200, de 1967 possa ser considerado uma primeira tentativa de reforma gerencial na administração pública brasileira, resultou, no entanto, em algumas consequências indesejáveis, especialmente porque, ao flexibilizar instrumentos administrativos, permitiu a sobrevivência de práticas patrimonialistas na gestão pública.

Isso porque, durante o regime militar, com a flexibilização implantada pelo Decreto n. 200, de 1967, foi possível utilização do aparelho estatal renunciando-se à impessoalidade. “A administração indireta passou a ser utilizada como fonte de recrutamento, prescindindo-se, em geral, do concurso público ou, na melhor das hipóteses, recrutando através de exames específicos de habilitação” (LIMA JÚNIOR, p. 14).

Muito embora as medidas adotadas pelo regime militar tenham sido uma tentativa de flexibilização da Administração Pública, sua consequência foi, quando do retorno à democracia, a elaboração de uma Constituição repleta de garantias e instrumentos ainda mais rigorosos, com vistas a garantir o patrimônio público.

Nesse contexto, a Constituição de 1988 deu à Administração Pública e aos serviços públicos ampla regulamentação e enrijeceu os moldes da atuação estatal. Considerando-se que a carta constitucional foi elaborada como uma carta compromissária que, segundo Aragão (2009), buscou conciliar os interesses públicos e privados às ideologias envolvidas em sua

concepção, não poderiam os serviços públicos escapar a essa lógica. O próprio preâmbulo constitucional expõe as balizas adotadas quando da construção da Constituição então emergente:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos **direitos sociais e individuais, a liberdade**, a segurança, **o bem-estar**, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (sem grifos no original) (BRASIL, 1988).

Bresser Pereira (1998, p. 8) comenta o modo como a crise do modelo burocrático, percebida ainda no regime militar, e as tentativas subsequentes de flexibilizar a máquina estatal resultaram na elaboração de uma Constituição mais rígida que viria, mais tarde, a causar inchaço à máquina pública e resultar em um serviço público, segundo o autor, de baixa qualidade:

A crise do modelo burocrático de administração pública, que foi introduzido no País nos anos 30, no governo Vargas, começou ainda no regime militar, devido a sua incapacidade de extirpar as práticas patrimonialistas ou clientelistas da administração. O regime militar foi capaz de criar agências burocráticas insuladas, mas elas co-existiram com o clientelismo e o corporativismo (NUNES, 1984). Ao invés de consolidar uma burocracia profissional no País, através da redefinição das carreiras e de um processo sistemático de abertura de concursos públicos para a alta administração, o regime militar preferiu o caminho mais curto do recrutamento de administradores através das empresas estatais. Esta estratégia oportunista do regime militar, que resolveu adotar a saída mais fácil da contratação de altos administradores através das empresas, inviabilizou a construção no País de uma burocracia civil forte, nos moldes que a reforma de 1936 propunha. A crise agravou-se, entretanto, a partir da Constituição de 1988, quando se salta para o extremo oposto e a administração pública brasileira passa a sofrer do mal oposto: o enrijecimento burocrático extremo. As conseqüências da sobrevivência do patrimonialismo e do enrijecimento burocrático, muitas vezes perversamente misturados, serão o alto custo e a baixa qualidade da administração pública brasileira.

É válido lembrar que Bresser Pereira, autor do excerto acima, foi o principal idealizador da Reforma do Aparelho do Estado e que, por esse motivo, o alegado retrocesso burocrático advindo da Constituição de 1988 parece, na verdade, uma tentativa de fundamentar as mudanças que seriam propostas para a Administração Pública no Plano Diretor da Reforma.

Ainda assim, indispensável reconhecer que, se por um lado a Constituição aspirou ao bem-estar da população brasileira e, como consequência, impôs ao governo adoção de políticas públicas e pró-atividade na prestação de serviços públicos, por outro, esses mesmos encargos representaram maior dispêndio para as contas públicas, que motivaria, antes mesmo que a Constituição completasse a primeira década, a propositura de mudanças na Administração Pública Brasileira, representadas pela Reforma do Aparelho do Estado, também conhecida como Reforma Gerencial do Estado.

### 1.2.2 A Reforma Gerencial do Estado no Brasil

O Estado Social de Direito adotado no Brasil pela Constituição de 1988, encontrava-se, como se viu, em um contexto de alegada crise, pela inxequibilidade financeira das obrigações pelas quais ficou encarregado. Di Pietro (2015b) cita que, com a promulgação da carta política, verificou-se um crescimento desmensurado do Estado, incumbido de complexa ação interventiva que culminaria por colocar em risco a própria liberdade individual, bem como o princípio da separação de Poderes, e conduziria ainda à ineficiência na prestação dos serviços.

As críticas a esse modelo de Estado, “cuja hipertrofia seria responsável por sua inoperabilidade”, somadas aos moldes burocráticos do direito administrativo brasileiro então prevalentes, levaram à elaboração do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE) em 1995 (GUIMARÃES, 2003, p. 65).

O intuito do mencionado Plano foi substituir, por meio da reforma do aparelho do Estado, a administração burocrática pela administração pública gerencial, “para tornar a administração pública mais eficiente e mais voltada para a cidadania” (BRASIL, 1995, p. 12). Muitos dos preceitos da administração burocrática, porém, seriam mantidos, haja vista a primordial diferença entre os modelos se concentrar no entendimento do significado do interesse público, que, enquanto na administração burocrática muitas vezes se confunde com o interesse do próprio Estado, na administração gerencial se relaciona tão somente com o interesse da coletividade.

Para atingir essa finalidade, essa nova forma de gerir a Administração Pública precisaria implementar algumas mudanças na organização do aparelho estatal. As principais modificações intentadas pelo Plano foram:

[...] (1) a descentralização do ponto de vista político, transferindo recursos e atribuições para os níveis políticos regionais e locais; (2) descentralização administrativa, através da delegação de autoridade para os administradores públicos transformados em gerentes crescentemente autônomos; (3) organizações com poucos níveis hierárquicos ao invés de piramidal; (4) pressuposto da confiança limitada e não da desconfiança total; (5) controle por resultados, a posteriori, ao invés do controle rígido, passo a passo, dos procedimentos administrativos; e (6) administração voltada para o atendimento do cidadão, ao invés de auto-referida. (BRESSER PEREIRA, 1996, p. 11-12).

Com esse desígnio, foram identificados no PDRAE quatro setores principais componentes do Aparelho do Estado, cada um com características próprias no que tange à prioridade e aos princípios administrativos aplicáveis:

- a) Núcleo Estratégico: corresponde ao governo em sentido *lato*, como setor responsável pela definição de leis e políticas públicas, isto é, pelas decisões estratégicas;
- b) Atividades Exclusivas: tratam-se dos serviços que somente o Estado pode realizar – poder de regulamentar, fiscalizar e fomentar;
- c) Serviços Não Exclusivos: são aqueles que podem ser exercidos pelo Estado ou por entidades privadas, e cujo exercício pelo Estado decorre da relação com direitos humanos fundamentais, como educação e saúde;
- d) Produção de Bens e Serviços para o Mercado: pertinente às atividades econômicas voltadas para o lucro que ainda permanecem no aparelho do Estado.

A partir dessa distinção entre os setores que compõem a estrutura estatal, definiu-se em quais deles deveria haver atuação prioritária pelo Estado. Pelas características do Núcleo Estratégico e das Atividades Exclusivas, somente poderiam as atividades serem de propriedade estatal. Para o setor de Produção de Bens e Serviços para o mercado, a regra é a propriedade privada. Nesse último caso, conforme argumentação exposta no PRDRAE, a

propriedade estatal só se justifica quando não existem capitais privados disponíveis - o que não é mais o caso no Brasil - ou então quando existe um monopólio natural. Mesmo neste caso, entretanto, a gestão privada tenderá a ser a mais adequada, desde que acompanhada por um seguro sistema de regulação. (BRASIL, 1995, p. 44).

No setor de Serviços Não-Exclusivo, entendeu-se que a propriedade ideal seria a pública não-estatal:

[...] Não é a propriedade estatal porque aí não se exerce o poder de Estado. Não é, por outro lado, a propriedade privada, porque se trata de um tipo de

serviço por definição subsidiado. A propriedade pública não-estatal torna mais fácil e direto o controle social, através da participação nos conselhos de administração dos diversos segmentos envolvidos, ao mesmo tempo que favorece a parceria entre sociedade e Estado. As organizações nesse setor gozam de uma autonomia administrativa muito maior do que aquela possível dentro do aparelho do Estado. (BRASIL, 1995, p. 43).

Os termos propostos para a reforma deixam clara, assim, a opção do Estado de manter sob sua responsabilidade as atividades estratégicas e aquelas em que sua atuação é essencial, repassando ao setor privado as atividades que melhor se regulam pelas regras do mercado competitivo. “Em outras palavras, o Estado brasileiro optou por prestigiar a atuação de empresas privadas na condução de atividades antes reservadas ao Poder Público, reservando a si a tarefa, considerada estratégica, de regular normativamente tais atividades” (AGUILLAR, 2011, p. 23).

A função do Estado, então, passaria a ser subsidiária, isto é, segundo Guimarães (2003, p. 65), “o Estado iria se concentrar apenas no desenvolvimento de suas atividades exclusivas, atuando subsidiariamente à sociedade civil e à iniciativa privada no fomento das demais atividades não exclusivas do estado”.

A partir das bases instituídas pelo Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, ainda que ele não tenha sido implementado na íntegra, a Administração Pública brasileira passou por ampla transformação. Diversas empresas estatais foram privatizadas e o setor público buscou participar dos serviços não exclusivos mais como órgão de fomento do que como prestador direto.

Nesse contexto, Di Pietro (2015b, p. 31) comenta:

Daí o instituto da privatização, considerado em seu sentido amplo, para designar todos os instrumentos de que o Estado se serve para reduzir o tamanho de seu aparelhamento administrativo; daí a quebra de monopólios, para tornar competitivas atividades que vinham sendo exercidas com exclusividade pelo poder público; daí a delegação de serviços públicos aos particulares, pelos institutos da autorização, permissão, concessão de serviços públicos e parcerias público-privadas; daí também a parceria com entidades públicas ou privadas para a gestão associada de serviços públicos ou serviços de utilidade pública, por meio de convênios, consórcios e contratos de gestão; daí também o instituto da terceirização para buscar a colaboração de entidades privadas no desempenho de atividades-meios da Administração.

Embora a Reforma Gerencial do Estado não tenha tido sucesso na sua implantação integral, foi nesse momento histórico brasileiro que, entre outras modificações, foi ampliado o sistema de parceria com entidades privadas para prestação de serviços públicos, com a criação

de novos institutos legais destinados a essa finalidade. Exemplos disso são as Leis n. 8.987 e 9.074, ambas de 1995, que disciplinaram concessões e permissões de serviços e obras públicas, a Lei n. 9.637, de 1999, que instituiu os contratos de gestão a serem celebrados com organizações sociais e a Lei n. 9.790, de 1999, que trata da qualificação de pessoas jurídicas como organizações da sociedade civil de interesse público, entre outras.

Dentre os instrumentos criados, destacam-se aqueles voltados à delegação dos serviços públicos a entidades sem fins lucrativos, objeto deste trabalho. Ressalta-se ainda que a participação dessas entidades na prestação de serviços públicos se deu principalmente nas atividades classificadas, segundo o PDRAE, como Serviços Não Exclusivos.

## 2. DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS A ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS

A concepção daquilo que seria serviço público, pelas diversas transformações ao longo da história, exigiu que o Estado contemporâneo criasse novas formas de organização para desenvolvimento de suas atividades. Por conta disso, embora, em tese, a prestação do serviço público se trate de responsabilidade do Estado, existe possibilidade, em algumas situações, da transferência da execução desses serviços a particulares.

A própria Constituição Federal, no seu artigo 175, prevê essa circunstância ao dispor que “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

Sempre que a prestação é feita diretamente pelo poder público, ocorre a centralização das atividades, pois a própria Administração cumula as funções de titular e prestadora de serviços públicos. De outro modo, a prestação de serviços pode ser descentralizada a entidade da Administração Indireta ou mesmo a particular. Se a entidade para a qual for transferido o serviço tiver personalidade jurídica de direito público, haverá transferência também da titularidade, mas se for pessoa jurídica de direito privado, integrante da Administração Indireta ou não, somente terá transferida a execução dos serviços (ARAGÃO, 2013).

Neste contexto, ocorre delegação de serviços públicos quando “o Estado transfere por contrato (concessão) ou ato administrativo (permissão ou autorização) a execução de serviço a particular sob as condições regulamentares e controle do Estado” (ARAGÃO, 2013, p. 533). No mesmo sentido, Carvalho Filho (2016) elucida que a delegação se refere a forma de execução indireta dos serviços públicos, transferidos a particulares que atuarão em colaboração com o Estado.

Note-se que, para alguns doutrinadores, a delegação de serviço público ocorre, em regra, com a concessão, a permissão e a autorização. Destaca-se, no entanto, que será adotado, para este trabalho, o sentido genérico do termo delegação, de modo a compreender também outras importantes espécies de prestação de serviços públicos por particulares, assemelhadas a simples prestações terceirizadas de serviços, nos mesmos moldes adotados por Aragão (2013) no Capítulo XIV do livro *Direito dos Serviços Públicos*, por Marçal Justen Filho (2015) e por Carvalho Filho (2016), do qual se transcreve:



Outra forma de execução indireta dos serviços públicos, ainda sob o aspecto da descentralização, é a transferência dos mesmos a particulares, que, por isso, se caracterizam como particulares em colaboração com o Estado.

Essa forma de transferência denominamos de *delegação negocial*, porque sua instituição se efetiva através de negócios jurídicos regrados basicamente pelo direito público – a concessão de serviço público e a permissão de serviço público.

[...]

É válido consignar, de outro lado, que além dos contratos administrativos, alguns autores têm admitido o processo de descentralização por atos administrativos unilaterais e por atos multilaterais, nesse caso por meio de convênios. O certo é que o processo de descentralização pela delegação negocial se torna a cada dia mais amplo, e isso porque se materializa pela celebração de ajustes de caráter jurídico. Por isso, devem ser incluídas nele as parcerias públicos privadas (Lei nº 11.079/2004), que se caracterizam como concessões de serviço público, bem como as parcerias sociais, formadas com organizações sociais (Lei nº 9.637/1998), organizações da sociedade civil de interesse público (Lei nº 9.790/1999) e organizações da sociedade civil (Lei nº 13.019/2014). (CARVALHO FILHO, 2016, p. 365-366).

Deste modo, tem-se que a atuação das entidades sem fins lucrativos a que se refere este trabalho, as quais atuam ao lado do Estado para desenvolvimento de atividade de interesse público e com ele mantêm algum vínculo jurídico, integra-se ao conceito de delegação.

Antes, porém, de serem abordados os instrumentos pelos quais é feita a delegação de serviço público a essas entidades, cabe analisar como elas se constituem e suas características principais, consoante se abordará no próximo tópico.

## 2.1. Entidades sem Fins Lucrativos

Entidades sem fins lucrativos, nos termos do art. 12, § 3º da Lei n. 9.532, de 1997, com redação dada pela Lei n. 9.718, de 1998, são aquelas que não apresentam “superávit em suas contas ou, caso o apresente em determinado exercício, destine referido resultado, integralmente, à manutenção e ao desenvolvimento dos seus objetivos sociais”. Essas entidades não são tratadas de modo unânime pela doutrina, que as designa por termos variados, como organizações não governamentais (ONGs), organizações da sociedade civil ou outros. Integram o que se conhece como terceiro setor, composto por organizações da sociedade civil de fins públicos e não lucrativos.

O terceiro setor é assim intitulado em virtude de ser ele composto por

organizações privadas com adjetivos públicos, ocupando pelo menos em tese uma posição intermediária que lhes permita prestar serviços de interesse social sem as limitações do Estado, nem sempre evitáveis, e as ambições do Mercado, muitas vezes inaceitáveis.

[...]

Portanto, o Terceiro Setor é aquele que não é público nem privado, no sentido convencional desses termos; porém, guarda uma relação simbiótica com ambos, na medida em que ele deriva sua própria identidade da conjugação entre a metodologia deste com as finalidades daquele. Ou seja, o Terceiro Setor é composto por organizações de natureza “privada” (sem o objetivo do lucro) dedicadas à consecução de objetivos sociais ou públicos, embora não seja integrante do governo (Administração Estatal). (PAES, 2003, p. 275-276).

Em termo de direito brasileiro, essas organizações são constituídas como pessoas jurídicas de direito privado, geralmente sob a forma de associações ou fundações, e têm como objetivo atender a alguma demanda social. Por atuarem em áreas de interesse público, muitas vezes recebem atenção especial por parte do Estado ou mesmo auxílio financeiro.

Di Pietro (2015a), ao discorrer sobre essas entidades, que classifica como paraestatais em sentido amplo, comenta que, quando analisadas sob o ponto de vista de seus vínculos jurídicos com o Estado, podem ser apontados aspectos comuns entre elas, ainda que existam leis específicas que disciplinem e estabeleçam distinções. Lista, assim, como aspectos concordantes entre elas:

- a) não são criadas pelo Estado;
- b) desempenham atividade privada de interesse público em colaboração com o Estado, isto é, os chamados serviços públicos impróprios;
- c) recebem incentivos do Poder Público;
- d) têm vínculos jurídicos com o Poder Público, por meio de convênio, termo de parceria, contrato de gestão ou outros instrumentos congêneres;
- e) seu regime jurídico é de direito privado, mas parcialmente derogado por normas de direito público.

Por ser o terceiro setor composto por entidades privadas, não há razão que justifique que sejam elas inteiramente regidas pelo direito público. Não obstante, quando recebem recursos públicos por conta de acordo firmado com a Administração, não caberia aplicação exclusiva das normas do setor privado, haja vista as especificidades do interesse envolvido. É nesse contexto que o regime jurídico de direito público derrogará parcialmente as normas de direito privado.

Acerca das interferências das normas de direito público nas atividades das entidades sem fins lucrativos, Di Pietro (2015a, p. 604-605) expõe ainda que:

não é possível dizer em que medida se dá essa derrogação, tendo em vista que cada modalidade está disciplinada por legislação específica; em consequência, é nessa legislação, fundamentalmente, que se encontram as derrogações, muitas vezes consistindo na exigência de procedimentos simplificados para seleção de pessoal e contratação com terceiros, ou apenas dizendo respeito a algum tipo de controle. Em alguns casos, o legislador privilegiou o direito privado, impondo pouquíssimas normas de direito público, como ocorre em relação às entidades declaradas de utilidade pública; em outros casos, existem maiores exigências quanto à outorga do título, quanto aos requisitos para formação de vínculo com o Estado e quanto à prestação de contas, como ocorre em relação às organizações sociais e às organizações da sociedade civil de interesse público.

Percebe-se, portanto, que, de acordo com o instrumento de colaboração a ser utilizado, as regras do Direito Administrativo incidirão em menor ou maior grau. Nesse contexto, far-se-á, no próximo tópico, a análise de instrumentos que a Administração Pública tem à sua disposição para fomento das atividades das entidades sem fins lucrativos, bem como de que forma o direito público influencia o gerenciamento dessas organizações.

## **2.2. Instrumentos de delegação de serviços públicos a entidades sem fins lucrativos**

Como já se comentou, embora boa parte dos autores administrativistas considerem que a delegação de serviços públicos somente se dá com os institutos tradicionais da concessão, permissão e autorização, o termo, neste trabalho, é utilizado em sentido mais amplo, em semelhança ao adotado por autores como Marçal Justen Filho (2015) e José dos Santos Carvalho Filho (2016).

Nesse contexto amplificado dos instrumentos de delegação existentes na ordem jurídica brasileira, o objeto deste estudo se limita a abordar aqueles usualmente celebrados com entidades sem fins lucrativos, os quais permitem que essas instituições prestem serviços públicos que seriam de encargo, originalmente, do Estado.

Relevante destacar que nem todos os instrumentos aqui comentados foram concebidos no contexto da reforma gerencial do Estado, já que alguns deles foram criados recentemente. Porém, mesmo nestes casos, os ideais da reforma tiveram direta influência, pois lançaram a possibilidade da criação desses instrumentos.

Ademais, não há intento de esgotar aqui todos os instrumentos de delegação de serviços públicos a entidades sem fins lucrativos possivelmente existentes, mas tão somente citar aqueles que estão em constante debate, de modo que se possa conhecer suas principais

características e finalidades. São eles os convênios, os contratos de gestão, os termos de parceria e os termos de colaboração e de fomento, cada um comentado em tópico próprio.

### 2.2.1. Convênios

Os convênios são instrumentos usualmente adotados na Administração Pública para buscar, em comunhão de esforços, resultados de interesse comum dos participantes. Segundo Di Pietro (2015b), podem ser utilizados pelo Poder Público para associar-se tanto com outras entidades públicas quanto com entidades privadas.

É comum que se dê aos convênios, quando firmados, outras designações, como Termo de Cooperação, Acordo de Colaboração, entre outros. Em geral, essas expressões não correspondem a um instituto específico do Direito Administrativo, ressalvados os Termos de Parceria e, mais recentemente, os Termos de Colaboração e de Fomento, instrumentos que serão analisados nos tópicos 2.2.3 e 2.2.4. Em concordância com Carvalho Filho (2016), mais importante que a denominação, porém, é o conteúdo, que se caracteriza pelo intuito de recíproca cooperação.

Não há legislação específica que preveja esse tipo de instituto, mas a Lei n. 8.666/1993, que institui normas de licitações e contratos da Administração Pública, dispõe, em seu art. 116 que “Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração”.

Apesar de o dispositivo estar incluído na norma que trata de contratos administrativos, o convênio não pode ser considerado como seu sinônimo. Di Pietro (2015b) destaca que se os convênios tivessem natureza contratual, não haveria necessidade da regra citada, porque a aplicação da Lei já decorreria dos dispositivos pertinentes aos contratos administrativos.

Com efeito, o convênio tem como principal característica a mútua colaboração entre os convenientes, que pode assumir formas diversas: repasse financeiro, utilização de equipamentos, disponibilização de recursos humanos e materiais, de imóveis, de know-how, entre outros. No convênio, por essa razão, não se pode falar em preço ou remuneração, aspecto inerente aos contratos.

Na obra de Hely Lopes Meirelles (2010, p. 432-433), fica clara a distinção entre os dois instrumentos:

*Convênio* é acordo, mas não é contrato. No contrato as partes têm interesses diversos e opostos; no convênio, os partícipes têm interesses comuns e coincidentes. Por outras palavras: no *contrato* há sempre duas partes (podendo ter mais de dois signatários), uma que pretende o objeto do ajuste (a obra, o serviço etc.), outra que pretende a contraprestação correspondente (o preço ou qualquer outra vantagem), diversamente do que ocorre no *convênio*, em que não há partes, mas unicamente *partícipes* com as mesmas pretensões. Por essa razão, no convênio a posição jurídica dos signatários é uma só, idêntica para todos, podendo haver apenas diversificação na cooperação de cada um, segundo suas possibilidades, para a consecução do objetivo comum, desejado por todos.

O autor enuncia ainda que essa igualdade jurídica dos signatários do convênio e a ausência de vinculação contratual entre eles permite que qualquer deles denuncie e retire sua cooperação quando assim desejar, respondendo apenas pelas obrigações do tempo em que participou voluntariamente do acordo. “A liberdade de ingresso e retirada dos partícipes é traço característico dessa cooperação associativa, e, por isso mesmo, não admite cláusula obrigatória de permanência ou sancionatória dos denunciante” (MEIRELLES, 2010, p. 433).

Também em decorrência da natureza do convênio, a doutrina entende que sua celebração, em regra, prescinde de prévia licitação. Isso porque, diferente do que ocorre nos contratos, a Lei n. 8.666/1993 somente se aplica aos convênios no que couber. Carvalho Filho (2016) registra que dificilmente se caracterizará a competitividade na celebração do acordo, pois que no verdadeiro convênio não ocorre projeção de lucro e os recursos empregados são voltados a cobrir os custos da operacionalização do acordo, de forma que resta inviável a realização de licitação.

A celebração de convênio, nos termos da Lei n. 8.666/1993 (art. 116, §1º), será precedida da aprovação de plano de trabalho formulado pela organização interessada, que deverá explicitar informações mínimas, como a identificação do objeto a ser executado, as metas a serem atingidas, as etapas ou fases de execução, o plano de aplicação dos recursos financeiros, o cronograma de desembolso e a previsão de início e fim da execução do objeto.

Acerca do mencionado plano de trabalho, Di Pietro (2015b) aponta discordâncias com a redação do art. 116, por dar a impressão de que o convênio só poderia ser celebrado com fins de se chegar a um resultado determinado, e não para a prestação de um serviço contínuo, o que não corresponde à realidade. Ainda, a autora comenta que nem sempre a mútua colaboração envolve o repasse de verbas, como dá a entender a leitura do dispositivo.

Concernente também aos repasses de verba, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (art. 116, §3º) conjectura situações em que as parcelas do convênio ficarão

retidas em decorrência de impropriedades, até que estas tenham sido sanadas. Dentre essas impropriedades, podem ser citadas possível inconsistência da comprovação da regular aplicação de parcela anteriormente recebida, desvio de finalidade na aplicação de recursos, atrasos injustificados na execução do convênio, entre outras.

Ademais, a mesma Lei prevê mecanismos que visam a preservação dos recursos repassados, como a aplicação dos saldos, enquanto não utilizados, e sua utilização exclusiva no cumprimento do objeto do convênio. Sobre a vinculação dos repasses, cita-se Di Pietro (2015b, p. 243):

Já no caso do convênio, se o conveniado recebe determinado valor, este fica vinculado ao objeto do convênio durante toda a sua execução, razão pela qual o executor deverá demonstrar que referido valor está sendo utilizado em consonância com os objetivos estipulados. Como não há comutatividade de valores, não basta demonstrar o resultado final obtido; é necessário demonstrar que todo o valor repassado foi utilizado na consecução daquele resultado. Vale dizer que o dinheiro assim repassado não muda sua natureza por força do convênio; ele é transferido e utilizado pelo executor do convênio, mantida sua natureza de dinheiro público (no sentido de que está destinado a fim público).

Por esse motivo, além de estar obrigado a prestar contas ao ente repassador da verba, nos termos do art. 116, § 5º da Lei 8.666/1993, o executor do convênio se sujeitará também à fiscalização pelo Tribunal de Contas, por se enquadrar no previsto no art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, como administrador de dinheiro público.

Faz-se imperativo lembrar que, com a entrada em vigor da Lei n. 13.019/2014, em janeiro de 2016 (sobre a qual se discutirá com maior detalhamento no tópico 2.2.4 deste trabalho), parte do que aqui foi exposto deixou de ser aplicável aos acertos entre o Poder Público e entidades sem fins lucrativos. Isso porque a mencionada Lei estabeleceu, em seu art. 84, que as parcerias entre as instituições públicas e as privadas sem fins lucrativos deverão ser estabelecidas mediante Termos de Colaboração e Termos de Fomento, permanecendo regidos pelo art. 116 da Lei n. 8.666/1993 somente os convênios entre entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculadas e aqueles celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos que participam do sistema único de saúde de forma complementar, nos termos previstos no art. 199, §1º da Constituição Federal.

### 2.2.2. Contratos de Gestão

A figura do contrato de gestão, no âmbito da reforma do aparelho do Estado, foi considerada elemento estratégico para as mudanças que se pretendiam implementar. Previsto por diferentes leis que lhe apresentam variados tratamentos, tem como finalidade básica “possibilitar à Administração Superior fixar metas e prazos e execução a serem cumpridos pela entidade privada ou pelo ente da Administração indireta, a fim de permitir melhor controle de resultados” (MEIRELLES, 2010, p. 273).

Foram duas as formas existentes de contrato de gestão idealizadas pela reforma gerencial: a primeira delas, prevista na Lei n. 9.637/1998, como instrumento de parceria entre Poder Público e organizações sociais para prestação de serviços não exclusivos do Estado, e a segunda como uma forma de concessão de maior autonomia às entidades da Administração Indireta qualificadas como Agências Executivas (art. 51, § 2º, da Lei n. 9.649/1998).

No tocante ao contrato de gestão com as Agências Executivas, mesmo que não se enquadre no escopo deste trabalho, vale comentar que se tornou um instrumento de pouca eficácia na realidade da Administração Pública brasileira que, regida pelo princípio da legalidade, ficou impossibilitada de estabelecer, meramente por meio de contrato, direitos não previstos em lei. Nesse sentido, a obra de Hely Lopes Meirelles (2010, p. 274) salienta que “o contrato de gestão não é fonte de direitos. Ele é simplesmente um fato jurídico que permite a aplicação de determinados benefícios previstos em lei”. Por essa limitação, estabelecida pelo ordenamento jurídico pátrio, pouca aplicabilidade foi dada ao instrumento.

Ao contrário, os contratos de gestão formalizados com as organizações sociais vêm ganhando força no país, adotados, nos mesmos moldes federais, também por estados e municípios.

Entende-se por contrato de gestão, para fins da Lei n. 9.637/1998, o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

Esse instrumento, diferente da denominação que recebe, não se refere propriamente a um contrato, posto que não há interesses contrapostos. Na acepção de Carvalho Filho (2016), assemelha-se mais, em razão de sua fisionomia e objeto, ao convênio, o qual possui maior compatibilidade com o regime de parceria a que se refere o contrato de gestão.

Relevante comentar que, por conta da natureza de cooperação pertinente ao contrato de gestão no que toca ao interesse público a ser perseguido, a lei prevê hipótese de dispensa de licitação, admitindo, em consequência, a contratação direta com a organização social (CARVALHO FILHO, 2016). Com efeito, a Lei n. 9.648/1998, que alterou a lei de licitações e contratos, beneficiou as organizações sociais ao incluir o inciso XXIV, inserindo a celebração dos referidos contratos de gestão dentre as hipóteses de dispensa.

Para que estejam habilitadas a firmar contratos de gestão com a Administração Pública, as entidades privadas sem fins lucrativos devem ser qualificadas como organizações sociais. Aragão (2013) alega que essa qualificação não se trata de transformação ou criação de uma nova pessoa jurídica, pois as instituições não perdem sua natureza jurídica original de associações civis, fundações privadas etc., mas de um título concedido a determinadas entidades que atendam às exigências legais.

A qualificação de uma entidade como organização social é feita a título discricionário, isto é, cabe à autoridade da área de atividade correspondente ao seu objeto social analisar os critérios de conveniência e oportunidade para sua habilitação. A esse respeito, transcreve-se:

A qualificação da entidade privada como *organização social* é ato administrativo discricionário do Poder Público. No âmbito federal, o exame de conveniência e oportunidade da medida cabe ao Ministro ou titular do órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao objeto social da entidade pretendente, assim como ao Ministro da Administração. Mas, evidentemente, a Administração há de justificar devidamente o porquê da outorga, ou não, do título de *organização social* à entidade que o pleiteia. Todo e qualquer ato administrativo deve ser motivado, principalmente aqueles resultantes do poder discricionário, pois são precisamente estes que precisam estar embasados na clara demonstração do interesse público que os fundamenta. (MEIRELLES, 2010, p. 407-408).

Desse modo, a depender de critérios de conveniência e oportunidade, o Poder Público pode ou não conceder à entidade sem fins lucrativos o título de organização social e conferir a capacidade de com ela celebrar contrato de gestão. No mais, como em qualquer caso em que a Administração utiliza de seu poder discricionário, ajustado que haja motivação do ato que deferiu ou indeferiu o título à entidade.

A discricionariedade para conferir a comentada qualificação, todavia, esbarra em requisitos legais, previstos no artigo 2º da Lei n. 9.637/1998, que exigem a comprovação do registro de ato constitutivo da entidade, que deve dispor obrigatoriamente sobre determinadas matérias, dentre as quais podem ser citadas a natureza social de seus objetivos e a finalidade



não lucrativa, a previsão de órgãos de deliberação com representação do Poder Público e membros da comunidade, a obrigatoriedade de publicação anual de relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão, entre outros.

Cumpridos todos os requisitos, dá-se ocasião à celebração do contrato de gestão, que “servirá de instrumento para estabelecer-se um vínculo jurídico entre a organização social e a Administração Pública” (Di Pietro, 2015b, p. 279). Nele são especificados o programa de trabalho a ser desenvolvido pela organização social, as metas a serem atingidas, os prazos de execução, bem como os critérios de avaliação de desempenho a serem utilizados. Estabelecer-se-á, ainda, os limites e critérios para despesas com remunerações e vantagens a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das entidades qualificadas como organizações sociais (art. 7º). Como contrapartida, o Poder Público auxilia a execução dessas atividades, seja pela destinação de recursos orçamentários (art. 12), bens públicos, incluindo imóveis (art. 13), ou pela cessão de servidor público, com ônus para o Estado (art. 14). Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 243) assim resume o contrato de gestão:

Uma vez qualificada como “organização social” e tendo travado contrato de gestão – que será “elaborado de comum acordo” entre o Poder Público e a entidade privada e discriminará as respectivas atribuições, responsabilidades e obrigações (art. 6º) –, a pessoa estará, nesta conformidade, apta a receber bens públicos em permissão e sem licitação prévia (art. 12, § 3º), não havendo restrição alguma a que se trate também de bens imóveis, ser beneficiária de recursos orçamentários (art. 12) e de servidores públicos que lhe serão cedidos a expensas do erário público (art. 14)! Caberá ao Poder Público fiscalizar o cumprimento do programa de trabalho proposto no contrato, com suas metas e prazos de execução verificados segundo critérios objetivos de avaliação de desempenho, mediante indicadores de qualidade e produtividade (art. 7º, I, c/c art. 8º).

Cancellier de Olivo (2005) lembra que, ainda que essas entidades possam receber os bens móveis e imóveis, assim como cessão de servidores, essa transferência é temporária e segue as regras legais da permissão de uso, que perdura somente enquanto vigente o contrato de gestão.

Diante da permissão legal de serem destinados às organizações sociais recursos financeiros e bens pertencentes ao patrimônio público, a mesma lei também exige que sejam fiscalizadas, pela Administração Pública, as atividades pertinentes ao contrato de gestão. O artigo 8º, § 1º, da Lei n. 9.637/1998 determina a expedição de relatório, pela entidade, ao fim de cada exercício financeiro ou quando solicitada, que contenha o comparativo das metas e dos resultados, acompanhado das prestações de contas correspondentes. Além disso, a

comissão de avaliação deverá analisar periodicamente a execução do contrato e, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública por organização social, deverão comunicar ao Tribunal de Contas e também, quando assim exigir a gravidade dos fatos, ao Ministério Público e à Advocacia-Geral da União.

Além disso, a lei em comento prescreve que, se for constatado o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão, pode a Administração Pública, mediante prévio processo administrativo que assegure ampla defesa, desqualificar a entidade como organização social.

Concomitante à possibilidade de celebração de contratos de gestão com organizações sociais, a Lei n. 9.637/1998 estabeleceu o Programa Nacional de Publicização, a ser criado por decreto do Poder Executivo, “com o objetivo de estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação de organizações sociais, a fim de assegurar a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União, que atuem nas atividades referidas no art. 1º, por organizações sociais” (art. 20).

Neste caso, não se trata apenas do fomento de entidades da sociedade civil existentes, paralela à atuação estatal já em execução. Refere-se, na verdade, à extinção de órgãos ou entidades públicas e da consequente absorção de suas atividades pelas organizações sociais. A esse respeito, Di Pietro (2015b, p. 278) elucida:

A intenção do governo é a de transferir para entidades qualificadas como organizações sociais atividades antes desempenhadas por órgãos públicos ou entidades da administração indireta.

Exatamente por isso é curioso falar-se em Programa Nacional de Publicização quando, na realidade, o que está sendo idealizado é exatamente a privatização sob outra modalidade que não a venda de ações, já que a qualificação da entidade como organização social implica a extinção de um órgão público ou de uma pessoa jurídica de direito público (autarquia ou fundação) e, em seu lugar, o surgimento de uma pessoa jurídica de direito privado não enquadrada no conceito de Administração Pública, seja direta ou indireta.

Por esses e outros aspectos, a lei que regulou o instrumento do contrato de gestão com as organizações sociais, desde a sua formalização, suscitou inúmeras controvérsias, desde a questão sobre a necessidade de licitação para celebração do instrumento, a transferência de atividades estatais para entidades do terceiro setor, até, como lembra Medauar (2015), a obrigatoriedade de prestação de contas aos Tribunais de Contas.

Algumas dessas controvérsias tornaram-se objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923, proposta, em 1998, pelo Partido dos Trabalhadores e pelo Partido Democrático Trabalhista. O julgamento da ação, sucedido somente em 2015, considerou-a procedente em parte, e manifestou-se pelos seguintes entendimentos:

a) a atuação do poder público no domínio econômico e social pode ser viabilizada por intervenção direta, disponibilizando utilidades materiais aos beneficiários, ou indireta, fazendo uso de seu instrumental para induzir as atividades pelos particulares. Independente da forma, os deveres constitucionais de atuação estão submetidos ao controle da Administração Pública sob a perspectiva do resultado;

b) o marco legal das Organizações Sociais observa os princípios da consensualidade e da participação da Administração Pública, de modo que a atuação do particular ocorra em consonância com o interesse público, sem que isso signifique renúncia aos deveres constitucionais de atuação. Na essência, segue à lógica de que a atuação privada pode ser mais eficiente que a pública em determinados domínios, pela agilidade e flexibilidade do regime de direito privado;

c) não há contraposição de interesses ou intuito lucrativo, núcleo conceitual do contrato administrativo. O contrato de gestão configura hipótese de convênio, razão pela qual não se aplica a exigência de prévia licitação prevista no art. 37, XXI da Constituição. O afastamento do certame licitatório não exime, porém, o administrador público da observância dos princípios constitucionais, de modo que a contratação direta deve observar critérios objetivos e impessoais, com publicidade de forma a permitir o acesso a todos os interessados. Se, além disso, houver pretensão de mais de um particular em idêntica situação, impõe-se que o Poder Público conduza a celebração do contrato de gestão por procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos, por força da incidência dos princípios constitucionais (art. 37, *caput*);

d) a discricionariedade prevista na lei para definição das entidades a receberem o título de organizações sociais deve ser interpretada de acordo com os princípios constitucionais, em especial os da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, vedada qualquer forma de arbitrariedade. Para isso, o indeferimento do requerimento de qualificação, além de pautado pela publicidade, transparência e motivação, deve observar critérios objetivos;

e) as organizações sociais, por integrarem o Terceiro Setor, inseridas no regime jurídico de direito privado, não fazem parte do conceito constitucional de Administração Pública, razão pela qual não se submetem, em suas contratações com terceiros, ao dever de

licitar. Por receberem recursos públicos, bens públicos e servidores públicos, porém, seu regime jurídico tem de ser minimamente informado pela incidência do núcleo essencial dos princípios da Administração Pública (CF, art. 37, caput), dentre os quais se destaca o princípio da impessoalidade, de modo que suas contratações devem observar o disposto em regulamento próprio (Lei nº 9.637/98, art. 4º, VIII), fixando regras objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos;

f) os empregados das organizações sociais não são servidores públicos, razão pela qual também não se aplica às entidades a exigência de concurso público (CF, art. 37, II), mas a seleção de pessoal, da mesma forma como a contratação de obras e serviços, deve ser posta em prática através de um procedimento objetivo e impessoal;

g) o âmbito constitucional de controle a ser exercido pelo Tribunal de Contas e pelo Ministério Público não é restringido pela Lei nº 9.637/98, que prevê regras de estruturação interna das entidades, como a exigência de prestação de contas ao órgão conveniente e, por isso, não reduz a atuação de ofício dos órgãos constitucionais.

Ao final, a ementa do acórdão sustenta:

[...]

20. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido é julgado parcialmente procedente, para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que: (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98; (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF; (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, §3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF; (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas.

Desta feita, apesar das inúmeras críticas dos doutrinadores brasileiros à composição do instrumento, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se pela constitucionalidade da lei que o instituiu e autorizou, por conseguinte, a utilização do contrato de gestão pelos órgãos

públicos, desde que sua celebração tenha por consideração os princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, previstos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal. Algumas dessas críticas persistem, indiferentes ao fato de ter sido a lei considerada constitucional, e serão, por isso, abordadas no capítulo 3 deste trabalho.

### 2.2.3. Termos de Parceria

De modo semelhante ao contrato de gestão, cuida-se o Termo de Parceria de um instrumento específico, criado pela Lei n. 9.790/1999, passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs, com vistas à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para fomento e execução de atividades de interesse público.

Também em semelhança ao contrato de gestão, o termo de parceria não se insere nos contratos propriamente ditos, porque não existe entre os órgãos signatários interesses contraditórios, mas convergentes (MEIRELLES, 2010). O instrumento só pode ser firmado com as chamadas OSCIPs, qualificação concedida às entidades sem fins lucrativos pelo poder público.

A qualificação como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público somente será conferida às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujos objetivos sociais tenham pelo menos uma das finalidades previstas no art. 3º da Lei n. 9.790/1999, como a promoção da assistência social, da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico, a promoção gratuita da educação ou da saúde, segurança alimentar e nutricional, proteção do meio ambiente, estudos, pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, entre outras estabelecidos naquele diploma legal. Segundo nova redação dada ao art. 1º pela Lei n. 13.019/2014, devem também ter sido constituídas e encontrarem-se em funcionamento regular há, no mínimo, três anos.

Além disso, exige-se que as pessoas jurídicas interessadas sejam regidas por estatutos, que devem expressar, obrigatoriamente, formalidades que visem garantir a boa gestão dos recursos públicos, que impeçam aferição de vantagens pessoais em decorrência da participação do processo decisório da entidade, que prevejam constituição de conselho fiscal que possa opinar sobre operações financeiras e contábeis, e que institua que remuneração para dirigentes e prestadores de serviço respeitem os valores praticados no mercado, bem como outras ferramentas previstas no art. 4º da Lei n. 9.790/1999.

José dos Santos Carvalho Filho (2016) destaca que estão impedidas de se qualificar como OSCIPs as categorias de pessoas jurídicas previstas no artigo 2º da Lei, como as sociedades comerciais, inclusive as que comercializam planos de saúde e as cooperativas, bem como as organizações creditícias relacionadas com o sistema financeiro, as entidades de representação de classe e sindical, as instituições partidárias, as entidades religiosas, os hospitais e escolas sem gratuidade, as pessoas, inclusive fundações, instituídas pelo Poder Público e as organizações sociais.

Cumpridas as exigências legais, a pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos interessada em obter a qualificação instituída por essa Lei deverá formular requerimento escrito à autoridade competente, instruído com cópias da documentação comprobatória (art. 5º). Diferente do que se dá no caso das organizações sociais, a outorga da qualificação de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público é ato vinculado ao cumprimento dos requisitos (art. 1º, § 2º).

Uma vez qualificada, a entidade estará apta a celebrar o Termo de Parceria, para fomento de uma ou mais das atividades de interesse público listadas no art. 3º (GASPARINI, 2011). O instrumento, firmado de comum acordo, discriminará direitos, responsabilidades e obrigações das partes signatárias e terá como cláusulas essenciais a do objeto, com a especificação do programa de trabalho, a de estipulação de metas e resultados a serem atingidos, bem como prazos de execução, a previsão de receitas e despesas para seu cumprimento, o detalhamento da remuneração de pessoal a ser paga com recursos do Termo de Parceria, entre outras (art. 10).

A execução do termo de parceria será ainda acompanhada por comissão de avaliação, composta de comum acordo entre órgão parceiro e OSCIP. Caso a comissão tome conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública, deve dar imediata ciência ao Tribunal de Contas e ao Ministério Público, sob pena de responsabilidade solidária (arts. 11 e 12 da Lei n. 9.790/1999). A qualificação pode ser retirada a pedido ou mediante decisão em processo administrativo no qual seja assegurada ampla defesa e contraditório (DI PIETRO, 2015b).

Ademais, o art. 14 da Lei das OSCIPs determina que seja publicado pela organização parceira, no prazo máximo de trinta dias da data de assinatura do termo, regulamento próprio que contenha os procedimentos a serem adotados para contratação de obras e serviços e para compras quando forem empregados os recursos provenientes do Poder Público.

Diante de tais características, percebem-se inúmeras semelhanças entre os termos de parceria e os contratos de gestão sobre o qual se discutiu no tópico anterior. Carvalho Filho

(2016) aponta que o núcleo central de ambos os instrumentos é a parceria entre o Estado e a entidade privada na busca de objetivos de interesses comum e benéficos à coletividade e que os dois retratam novas formas de prestação de serviços públicos, mas, logicamente, existem pontos específicos que distinguem seus regimes. Um deles é a participação de agentes do Poder Público na estrutura da entidade, vez que ela é exigida nos Conselhos de Administração das organizações sociais, enquanto nos termos de parceria não é feita essa imposição.

Oliveira (2015) delimita ainda outras diferenças, como os critérios vinculados de qualificação das OSCIPs, enquanto as organizações sociais são qualificadas mediante critérios discricionários, ou a possibilidade de cessão de servidores no contrato de gestão, o que não acontece nos termos de parceria, que podem receber recursos orçamentários e permissão de uso de bens públicos.

Alguns autores, como é o caso de Queiroz (2011), entendem o termo de parceria como um aperfeiçoamento do modelo dos contratos de gestão, pelos requisitos mais rígidos estabelecidos pela lei, pela ampliação do controle social das entidades (art. 11, § 3º da Lei 9.790/1999) e pelo fato de que, no caso de extinção da OSCIP, fica obrigada a transferir seu patrimônio para entidade similar.

Convém registrar que a Lei n. 13.019/2014, examinada mais detalhadamente no próximo tópico, previa em seu texto original que se aplicaria, no que coubesse, “às relações da administração pública com entidades qualificadas como organizações da sociedade civil de interesse público, de que trata a Lei no 9.790, de 23 de março de 1999, regidas por termos de parceria” (texto original do art. 4º daquela lei). No entanto, nesse quesito, o texto foi revogado pela Lei n. 13.204/2015, e o art. 3º, VI, da Lei n. 13.019/2014 passou a prever que não se aplicam suas disposições “aos termos de parceria celebrados com organizações da sociedade civil de interesse público”.

Alguns autores, antes da mencionada alteração, interpretavam positivamente a incidência da Lei n. 13.019/2014 aos termos de parceria com as OSCIPs, visto que propiciariam aperfeiçoamentos ao instituto. A esse respeito, considerava Di Pietro (2015b, p. 290):

Desse dispositivo decorre que a Lei n. 13.019 tem aplicação subsidiária às Oscips (bem como a outras entidades do terceiro setor, denominadas genericamente de *organizações da sociedade civil*), aplicando-se sempre que não haja norma expressa na Lei n. 9.790/99. Assim, aplicam-se, dentre outras, as normas sobre chamamento público para seleção da entidade, sobre requisitos para celebração dos termos de colaboração e de fomento, sobre vedações, sobre contratações realizadas pelas Oscips, sobre despesas, sobre

liberação de recursos, sobre movimentação e aplicação financeira dos recursos, sobre controle, prestação de contas, responsabilidade e sanções.

Tendo sido feitas as mencionadas modificações na Lei n. 13.019/2014, somente se aplicam à disciplina dos termos de parceria as novas redações trazidas ao seu artigo 1º e a inclusão do artigo 15-B, que trata da forma de prestação de contas relativa à execução do termo de parceria. No restante, as leis n. 9.790/1999 e n. 13.019/2014 se tratam de leis que vigoram paralelamente, de modo a regular instrumentos diferentes entre si.

#### 2.2.4. Termos de Colaboração, Termos de Fomento e Acordos de Cooperação

Depois de diversas prorrogações de prazo para sua entrada em vigor, a Lei n. 13.019/2014 passou a ter vigência para a União e os Estados em janeiro de 2016. Para os Municípios, a Lei somente começa a produzir efeitos a partir de 1º de janeiro de 2017, ressalvada a possibilidade de ser estabelecida, por ato administrativo local, data anterior.

Conhecida como “Marco Regulatório do Terceiro Setor”, a lei estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação. Define, do mesmo modo, diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil e altera as Leis nos 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999.

Por tratar das normas gerais para as parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, são

aplicáveis às três esferas de governo (União, Estados, Distrito Federal, Municípios), bem como às respectivas entidades da administração indireta (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público, e suas subsidiárias), quando façam parcerias voluntárias com organizações da sociedade civil. (DI PIETRO, 2015b, p. 296).

As entidades, designadas genericamente na lei como “organizações da sociedade civil”, são aquelas integrantes do terceiro setor que a lei especifica como sendo as entidades privadas sem fins lucrativos, as sociedades cooperativas sociais e as organizações religiosas



que se dediquem a atividades ou projetos de interesse público que não sejam destinadas a fim exclusivamente religiosos.

O texto original da lei em análise alcançava todas as entidades do terceiro setor que fizessem parceria com o poder público, mesmo as OSCIPs, as fundações de apoio, os serviços sociais autônomos, entre outras. Tratava-se de um leque bastante abrangente, que submetia, mesmo que subsidiariamente, parte dos instrumentos de parceria já existentes aos preceitos da Lei n. 13.019/2014. No entanto, antes mesmo de sua entrada em vigor, a Lei n. 13.204/2015 fez modificações significativas em seu texto, e incluiu no artigo 3º sete novas hipóteses para as quais o marco regulatório deixa de ser aplicado. O atual texto do artigo dispõe:

Art. 3º Não se aplicam as exigências desta Lei:

I - às transferências de recursos homologadas pelo Congresso Nacional ou autorizadas pelo Senado Federal naquilo em que as disposições específicas dos tratados, acordos e convenções internacionais conflitarem com esta Lei;

II - (revogado);

III - **aos contratos de gestão** celebrados com organizações sociais, desde que cumpridos os requisitos previstos na Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998;

IV - aos convênios e contratos celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos nos termos do § 1º do art. 199 da Constituição Federal;

V - aos termos de compromisso cultural referidos no § 1º do art. 9º da Lei no 13.018, de 22 de julho de 2014;

VI - **aos termos de parceria** celebrados com organizações da sociedade civil de interesse público, desde que cumpridos os requisitos previstos na Lei no 9.790, de 23 de março de 1999;

VII - às transferências referidas no art. 2º da Lei no 10.845, de 5 de março de 2004, e nos arts. 5º e 22 da Lei no 11.947, de 16 de junho de 2009;

VIII - (VETADO);

IX - aos pagamentos realizados a título de anuidades, contribuições ou taxas associativas em favor de organismos internacionais ou entidades que sejam obrigatoriamente constituídas por:

a) membros de Poder ou do Ministério Público;

b) dirigentes de órgão ou de entidade da administração pública;

c) pessoas jurídicas de direito público interno;

d) pessoas jurídicas integrantes da administração pública;

X - às parcerias entre a administração pública e os serviços sociais autônomos. (Sem grifos no original)

Do mesmo modo, não se aplicam às parcerias regidas pela Lei n. 13.019/2014 os convênios entre entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculados e aqueles celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos que participam do sistema único de saúde de forma complementar, nos termos previstos no art. 199, §1º da Constituição Federal (art. 84), que continuarão a ser regidos pelo artigo 116 da Lei n. 8.666/1993.

Percebe-se que, como regra, os institutos previstos na Lei n. 13.019/2014 serão aplicados basicamente às parcerias que antes eram celebradas pela administração pública na forma de convênios e que não mais se emolduram no artigo 116 da Lei n. 8.666/1993. Aparentemente, a mudança da redação do marco regulatório do terceiro setor restringiu bastante o âmbito de sua aplicação, se comparado à proposta original.

Os instrumentos de parceria disciplinados pela lei são o termo de colaboração, o termo de fomento e o acordo de cooperação. *Termo de colaboração* é o instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pela administração pública que envolvam a transferência de recursos financeiros; *termo de fomento*, de modo semelhante, é o instrumento de formalização de parcerias propostas pelas organizações da sociedade civil, que envolvam a transferência de recursos financeiros; e *acordos de cooperação* são os instrumentos de formalização de parcerias que não envolvam a transferência de recursos financeiros.

Di Pietro (2015b, p. 299) explana que a diferença entre termo de colaboração e termo de fomento “é apenas uma: enquanto o termo de colaboração é proposto pela Administração Pública, o termo de fomento é proposto pela organização da sociedade civil”, posto que os dois instrumentos envolvem a transferência de recursos financeiros. Quando a celebração da parceria não se destinar à transferência financeira, receberá a designação de acordo de cooperação.

Em qualquer caso, para que sejam firmadas as parcerias, deve ser realizado o procedimento de chamamento público, destinado a selecionar organização da sociedade civil, com observância dos princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e outros princípios que lhes são correlatos. A administração pública deverá adotar procedimentos claros, objetivos e simplificados que orientem os interessados e facilitem o acesso direto aos seus órgãos e instâncias decisórias, independentemente da modalidade de parceria a ser firmada (art. 23). A celebração dos instrumentos só não será precedida de chamamento público nas hipóteses previstas na própria lei (art. 24). São previstas, na lei, por exemplo, hipóteses de dispensa (art. 30) e inexigibilidade (art. 31) do chamamento.

Outros requisitos exigidos para celebração de termo de colaboração ou termo de convênio, previstos no artigo 33, V, é que a entidade deve possuir, no mínimo, um, dois ou três anos de existência, com cadastro ativo, se a parceria for celebrada, respectivamente, com

os Municípios, Distrito Federal, Estados e União, ter experiência prévia na atividade objeto da parceria e possuir instalações, condições materiais e capacidade técnica e operacional para desenvolvimento dessas atividades.

A celebração e a formalização do termo de colaboração e do termo de fomento dependerão da aprovação, pela Administração, do plano de trabalho a ser executado pela organização da sociedade civil (art. 35, IV). O plano de trabalho constará como anexo do instrumento firmado, e dele será parte integrante e indissociável (art. 42, parágrafo único). Será o plano de trabalho que alicerçará a comunhão de esforços entre setor público e entidade do terceiro setor, servirá de parâmetro para pesquisa de satisfação dos beneficiários (art. 58, §2º) e que justificará a aplicação de sanções à organização da sociedade civil que executar a parceria em desacordo com o plano (art. 73).

Os artigos 39, 40 e 41 da Lei n. 13.019/2014 tratam das vedações na celebração de parcerias. Di Pietro (2015b) resume o artigo 39, ao afirmar que nele são estabelecidas vedações que correspondem ao impedimento da organização da sociedade civil que, em nome da eficiência e da razoabilidade, devem ser verificados durante o chamamento público. Também é vedada a celebração de parcerias relacionadas à delegação das funções de regulação, de fiscalização, de exercício do poder de polícia ou de outras atividades exclusivas de Estado (art. 40). Por fim, o artigo 41 determina que as parcerias entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil serão celebrados nos termos dessa Lei, ressalvados os casos em que ela não se aplica.

É vedado, ainda, utilizar recursos da parceria para finalidade alheia ao seu objeto e para pagamento, a qualquer título, de servidor ou empregado público, salvo nas hipóteses previstas em lei específica ou na lei de diretrizes orçamentárias (art. 45). Se verificadas impropriedades na aplicação dos recursos, as parcelas poderão ficar retidas até que sejam sanadas (art. 48).

Além disso, os termos de colaboração e os termos de fomento estão submetidos também ao monitoramento e a avaliação do cumprimento do objeto da parceria (art. 58), assim como devem proceder à prestação de contas no prazo de até noventa dias a partir do término da vigência da parceria ou ao final de cada exercício, se a duração da parceria exceder a um exercício, nos moldes do artigo 63 e seguintes, sem prejuízo da atuação dos órgãos de controle.

Relevante comentar que o texto legal se volta para a transparência (arts. 10 a 12) e para a participação social (arts. 13 a 15), ao prever, por exemplo, que a prestação de contas e todos os atos que dela decorram serão disponibilizadas em plataforma eletrônica que permita

a visualização por qualquer interessado (art. 65), assim como ao estabelecer o Procedimento de Manifestação de Interesse Social, por meio do qual as organizações da sociedade civil, movimentos sociais e cidadãos podem apresentar projetos de atividades a serem prestadas em parceria com o Poder Público que, se for aceito, dará origem a chamamento público para selecionar a entidade mais apta a executá-lo.

Sobre a lei em comento, Medauar (2015, p. 124) sustenta que “se revela excessivamente minuciosa, burocratizando em alto grau os vínculos entre a Administração e as entidades privadas sem fins lucrativos, em linha oposta a inúmeros ordenamentos ocidentais, cuja linha está na simplificação administrativa”.

Sua opinião não é compartilhada por muitos estudiosos que, em certa conta, viram a normatização dos instrumentos a serem celebrados com organizações da sociedade civil como uma importante disciplina jurídica sobre matéria que até então carecia de regulamentação, especialmente se considerado que a falta de requisitos mais severos oportunizou abusos na utilização desses instrumentos.

Nesse sentido se manifesta Di Pietro (2015b, p. 310), ao defender que “a Lei n. 13.019/2014 adotou uma série de medidas que, se devidamente monitoradas pelos órgãos de controle, podem contribuir para moralizar as parcerias com as entidades do terceiro setor e corrigir abusos que atualmente se verificam”. Oliveira (2015, p. 348) esclarece:

Em verdade, o novo marco regulatório incorpora, em grande medida, as exigências e recomendações, apresentadas pela doutrina e jurisprudência, inclusive dos Tribunais de Contas, para parcerias entre as Administrações Públicas federal, estaduais, distritais e municipais, de um lado, e as OSCs, de outro lado, com o objetivo de implementar a Administração Pública consensual e de resultados.

Por ser bastante recente, pelo menos no que se refere à sua entrada em vigor, a Lei n. 13.019/2014 ainda não demonstrou como se dará sua aplicabilidade prática, motivo pelo qual se torna mais delicado tecer comentários sobre suas consequências nas situações concretas. Não obstante, ao estabelecer critérios definidos e menos discricionários para estabelecimento de parcerias entre o setor público e as entidades sem fins lucrativos, bem como ferramentas para acompanhamento e penalização da execução das atividades realizadas pelas organizações do terceiro setor, tem sido vista pela maioria dos administrativistas como uma norma que busca moralização dessa forma de aplicação dos recursos orçamentários e de prestação de serviços públicos.

### **3. PROBLEMAS REMANESCENTES DOS INSTRUMENTOS DE DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS A ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS**

A participação das entidades sem fins lucrativos na prestação de serviços públicos é hoje uma realidade na Administração Pública brasileira. Independente da qualificação que recebem e do instrumento que delega a essas entidades a prestação dos serviços, verifica-se nitidamente o crescimento dessa forma de parceria, tanto no âmbito da União, quanto dos Estados e Municípios.

Segundo pesquisa divulgada pelo IPEA (2012), acerca da transferência de recursos federais para entidades sem fins lucrativos, é comum ocorrer forte variação anual na destinação de recursos a essas organizações, para mais ou para menos, mas, em longo prazo, marca-se uma tendência crescente dos valores repassados. Apenas para se ter uma ideia desse crescimento, vale conhecer alguns dos valores repassados a essas entidades pela União. Em 2010, segundo a pesquisa, a transferência de valores alcançou o montante de pouco mais de R\$ 4 bilhões (IPEA, 2012). Já em 2015, dados do Portal da Transparência do Governo Federal demonstram que o valor total transferido foi superior a R\$ 8 bilhões.

Também de acordo com os dados do IPEA, esse aumento dos valores transferidos refletiu-se nos orçamentos dos Estados e dos Municípios, o que significa que, “em termos globais, o Estado brasileiro está transferindo mais recursos” para as entidades sem fins lucrativos (IPEA, 2012, p. 11).

Não obstante, a utilização desses instrumentos de vínculo entre Estado e organizações da sociedade civil para prestação de serviços públicos tem sido efetuada muitas vezes de forma equivocada, seja pelo desvio de sua finalidade, seja pelas irregularidades na aplicação dos recursos públicos. Lamentavelmente, tem sido comum, nos últimos anos, notícias sobre supostos desvios nos recursos repassados, como a que deu origem, em 2007, à CPI das ONGs no Congresso Nacional, que tornou público o esquema de desvio de verbas do Programa “Segundo Tempo” do Ministério do Esporte em 2011 (G1, 2011), entre outras veiculadas rotineiramente na imprensa nacional.

Não se pode conjecturar que, em qualquer caso de repasse de recursos públicos a entidades sem fins lucrativos, indiscriminadamente, ocorrerá algum tipo de desvio. Distintamente, destaca-se que muitas dessas entidades realizam seu trabalho de maneira séria e proba.

É preciso reconhecer, porém, que a forma como alguns desses instrumentos de delegação de serviços público a entidades sem fins lucrativos foram concebidos, e mesmo os

motivos que embasaram sua criação, compreendem falhas significativas, que acabam por contribuir pela sua má utilização, se este for o intuito do gestor público.

Pretende-se, nesse contexto, apontar e debater, nos próximos tópicos, algumas dessas falhas, não como uma forma de objetar completamente a utilização dos mencionados instrumentos, mesmo porque, considerando-se a tendência de crescimento da celebração de parcerias entre Administração Pública e entidades sem fins lucrativos, seria fantasioso falar na extinção desses instrumentos. Nada impede, todavia, que suas falhas sejam conhecidas, de modo que eles possam ser constantemente repensados e aprimorados.

### **3.1. Debilidade das justificativas da Reforma Gerencial do Estado no Brasil**

As primeiras falhas que podem ser apontadas na concepção dos instrumentos de delegação de serviços públicos a entidades sem fins lucrativos são imputadas às próprias justificativas que deram origem à Reforma Gerencial do Estado. Para determiná-las, é válido retomar algumas das circunstâncias referenciadas no tópico 1.2.2 deste trabalho, no qual se comentou sobre o crescimento do Estado pela adoção de um modelo de bem-estar social na Constituição de 1988, que, junto ao enrijecimento burocrático previsto naquela Carta, poria o Estado em situação de hipertrofia e inoperabilidade.

Nesse tocante, a primeira observação a ser feita é o tratamento dispensado à Constituição pelos reformistas e a interpretação dada, nos termos da reforma gerencial, aos dispositivos que buscavam assegurar direitos aos cidadãos e dificultar a ingerência da máquina estatal. Não há dúvidas de que a carta constitucional previu uma infinidade de atividades que deveriam ser desenvolvidas pelo Estado, exigindo da Administração muito mais do que se dispunha a realizar até sua promulgação. Também não se questiona o enrijecimento administrativo que, no entanto, visava assegurar a adequada utilização dos recursos públicos. Violin (2006) chama a atenção para o fato de que, ao contrário do que foi alegado pelos gerencialistas, a Constituição de 1988 defendia a prestação de um serviço público de qualidade, livre do patrimonialismo vigente no Estado brasileiro:

Não concordamos com os posicionamentos gerencialistas de que a Constituição brasileira de 1988 não é moderna e enrijeceu ainda mais a Administração Pública, gerando o alto custo e a sua baixa qualidade; que a Administração burocrática se mostrou ineficiente, lenta, de baixa qualidade, cara, pouco ou nada orientada para o atendimento das demandas dos cidadãos; e que este modelo apenas daria certo num Estado Liberal, mas não no Estado Social prestador de serviços. Os vícios da Administração Pública

brasileira não são advindos do modelo burocrático, como defendem os gerencialistas, pois a não efetivação dos ideais de Max Weber é que mantém o clientelismo, fisiologismo e nepotismo. E, ainda, a sobreposição da burocracia à política, o que o autor criticava como legado do Governo de Bismark, está ocorrendo em nosso país justamente da implementação do modelo gerencial. A fuga aos ideais burocráticos e a aplicação do gerencialismo fez com que a Administração Pública brasileira perdesse seus melhores quadros, desestruturando-a, diminuiu os recursos financeiros na prestação direta dos serviços sociais, trazendo equivocadamente para a esfera pública ideais de competição, individualismo e o fim das utopias, com um retorno claro ao patrimonialismo. (VIOLIN, 2006, p. 58-59).

Fez-se conveniente, aliás, se analisado do ponto de vista dos gestores públicos que pretendiam implantar uma reforma do aparelho do Estado no Brasil, que o discurso adotado no PDRAE fosse determinista a ponto de persuadir de que não havia outra resposta à situação vivenciada no país a não ser reduzir o tamanho do Estado e repassar atividades estatais ao setor privado, como único modo de equilibrar as contas públicas.

As justificativas utilizadas para fundamentar esse discurso, no entanto, demonstram-se privadas de solidez, frágeis. Não conseguem se sustentar frente a três aspectos simples sobre as circunstâncias políticas nas quais o PDRAE foi elaborado.

O primeiro deles deriva do argumento de crise do Estado de Bem Estar Social. Em verdade, nunca se firmou no Brasil esse modelo de Estado que, muito embora tenha sido idealizado pelo constituinte originário, não perdurou por tempo suficiente para que pudesse ser implementado na realidade brasileira. Em 1995, quando o PDRAE foi lançado, muitos serviços públicos não tinham sequer sido devidamente estabelecidos e dificilmente significariam um inchaço tão grande da máquina estatal a ponto de denotar uma crise.

Nesse sentido, Violin (2006) argumenta que a adoção da ideia da crise do “Estado-Providência” se torna inadequada sem que se tenha usufruído verdadeiramente dele. Ademais, segundo o autor, se realmente havia crise fiscal do Estado, estaria mais relacionada ao uso político e econômico do capital de forma ineficiente e circunscrita em corrupção, de tal maneira que não seria o gerencialismo a apresentar solução para estes problemas.

Como segundo contraponto às justificativas do PDRAE, pode-se citar o contraditório argumento de que não se poderia manter, às expensas dos cofres públicos, a prestação de serviços públicos pelo Estado.

Isso decorre, primeiramente, da volubilidade das motivações para a redução do tamanho do Estado. Silva (2003) explica que ora se afirmava que os custos seriam insuportáveis e que seria impossível conviver com os déficits orçamentários, ora se defendia

que a redução deveria ser feita simplesmente porque menos é mais e que Estado menor é melhor, o que ele denominou de “configuração utópica do pensamento neoliberal extremado”.

Além disso, ao transferir os serviços públicos a entidades da sociedade civil, não obrigatoriamente deixará o Estado de arcar com custos do serviço público. Em regra, as parcerias incluem o repasse de recursos financeiros às entidades privadas, de modo que os custos se mantêm, ainda que sejam outras pessoas a prestá-los. A manutenção dos dispêndios se dá especialmente naqueles serviços que a Constituição descreve como *dever* do Estado, como saúde e educação. A esse respeito, Violin (2006, p. 29) considera:

Salientamos ainda que diz-se muito que o Estado social está em crise por causa do alto custo da manutenção do bem-estar da população (população esta que cada vez cresce mais). Se a questão fiscal é a principal justificativa para a atuação apenas subsidiária do Estado nas questões sociais, qual é a justificativa em passar essas atribuições, como regra, para a iniciativa privada, se de qualquer forma para grande parte da população serviços como educação e saúde deverão ser disponibilizados gratuitamente? Ou seja, o Estado deverá arcar com os custos de qualquer forma, mas a execução dos serviços será providenciada por entidades privadas com ou sem fins lucrativos, com o intuito de fuga do regime jurídico administrativo.

Verifica-se, dessa forma, contradição evidente no que se refere aos altos custos da prestação de serviços pelo Estado, posto que a solução trazida pela reforma gerencial somente transferiu os serviços, sem, contudo, retirar o encargo financeiro dos cofres públicos.

A esse respeito, cita-se, como exemplo, no Estado de Santa Catarina, a transferência da gestão do Serviço de Atendimento Móvel de Urgência – SAMU para organização social em 2012. De acordo com levantamento da Comissão de Saúde na Assembleia Legislativa do Estado, o Executivo gastava cerca de R\$ 3 milhões de reais por mês com a prestação direta do serviço, antes da transferência. Atualmente, de acordo com dados disponíveis no Portal da Transparência, o repasse mensal à SPDM ultrapassa R\$ 9 milhões, sem que tenha ocorrido qualquer melhoramento na prestação dos serviços. No caso em tela, ao contrário de desoneração, o Estado tem arcado com custos superiores aos da prestação direta do serviço.

O terceiro argumento a ser rebatido é a ideia reformista de que a aproximação do serviço público com o setor privado traria maior eficiência e qualidade ao desenvolvimento das atividades prestadas ao cidadão. Essa afirmação não é necessariamente verdadeira, posto que entidades estatais regidas em conformidade com os preceitos constitucionais podem exercer de maneira bastante eficiente e eficaz os serviços dos quais são encarregadas, como é o caso das Universidades Federais, que são referências na produção de conhecimento acadêmico, inclusive em situação de superioridade com grande parte das entidades privadas.



Por contraponto, entidades sem fins lucrativos podem não exercer satisfatoriamente a prestação de serviços. Nesse sentido, Barbado (2003, p. 314) comenta a versão adotada pelo PDRAE acerca da suposta ineficiência inerente ao Estado:

Assim sendo, chegamos à conclusão de que o plano diretor parte da premissa, irrefutável, de que o aparato burocrático estatal é ineficiente por natureza. Ademais, em nenhum trecho do PDRAE cogita-se uma reforma ou aprimoramento da prestação de serviços tal como é feita nos dias de hoje. A ideologia do governo parece estar contaminada por um fetichismo do mercado, ao associar a ineficiência a toda e qualquer organização estatal, e atribuir eficiência, dinâmica e modernidade às lógicas de organização do setor privado.

Leva-se a crer, portanto, que os motivos que levaram à proposição da reforma gerencial do Estado não são aqueles expostos no PDRAE, ou que pelo menos não são os únicos, haja vista a fragilidade dos argumentos utilizados. Aparentemente, o real motivo determinante seria a fuga ao regime jurídico administrativo, sobre o que se comentará no tópico 3.4.

### **3.2. Enfraquecimento do papel das entidades do terceiro setor no controle social**

As entidades integrantes do terceiro setor, como característica essencial, voltam-se à produção de bens ou serviços de interesse público. Para que isso aconteça, em regra, devem reproduzir os valores sociais da comunidade em que estão inseridas, para a qual, segundo Cabral (2008), devem perscrutar a representação de interesses coletivos, a democratização, a cultura pública, a universalidade, a autonomia, a sustentabilidade, o controle e a defesa social.

No cumprimento de sua função junto à sociedade, tratam-se de organizações autônomas, voltadas para a emancipação, a construção de consensos e hegemonias, a interferência coletiva nos espaços de decisões sociais (NOGUEIRA, 2005). Nessas circunstâncias, as organizações da sociedade civil organizada desempenham importante papel de referência comunitária, na busca pelos objetivos comuns e no controle social das atividades estatais.

Em decorrência da aproximação com o Estado, pela formação de parcerias, essas entidades perdem sua força reivindicatória. Violin (2006) alerta que, quando chamadas a firmarem acordos com o intuito de repasse de atribuições anteriormente estatais, essas organizações substituem o pensamento mais combativo por uma postura pragmática, passando

a atuar na gestão de políticas públicas ao invés de se opor politicamente aos problemas sociais enfrentados. Em termos mais enérgicos se manifesta Montaño (2002):

Os conflitos de classes, as tendências subversivas e transgressoras da ordem, seriam canalizadas por mecanismos institucionais e convertidas em confrontos “dentro” do sistema, e não mais “contra” o sistema. De lutas de classes, desenvolvidas na sociedade civil, passa-se a atividades de ajuda-mútua em parceria com o Estado e o empresariado.

[...] Internaliza-se e dissipa-se o conflito, dentro dos marcos institucionais da relação “amigável” e dependente entre um conjunto pulverizado e desarticulado de organizações do “terceiro setor” e o Estado parceiro. Dociliza-se o conflito social. Neste sentido, o Estado, mais do que parceiro, é um verdadeiro subsidiador e promotor da expansão destas organizações e ações do “terceiro setor”, sendo a parceria e a legislação um caminho para tal propósito.

Assim sendo, ao substituir o Estado em determinadas atribuições, essas entidades deixam de exercer, ou exercem em menor intensidade, o importante papel de controle e defesa social, esvaziando essa funcionalidade comunitária que busca exigir da atuação proativa da Administração Pública.

### **3.3. Desconsideração da qualificação técnica das entidades sem fins lucrativos para delegação de serviços públicos**

É comum que as normas regulamentadoras dos instrumentos de delegação de serviços públicos prevejam quais tipos de entidade estão aptas a celebrá-los, previsões que se relacionam, geralmente, com a forma de composição da entidade e seu objeto social, sem se preocupar, contudo, com a qualificação técnica necessária para prestação dos serviços a serem delegados.

Por outro lado, algumas normativas determinam que as entidades signatárias devem comprovar sua capacidade técnica e gerencial, como é o caso do Decreto n. 6.170/2007, que regulamenta as transferências de recursos mediante convênios no âmbito da União. No entanto, mesmo essas deixam de especificar a forma como se dará a comprovação da qualificação. Mendes (2016) admite que, na maioria dos casos, o atendimento desse requisito se dá mediante simples apresentação de “Declaração de Capacidade Técnica e Gerencial”.

De forma semelhante se dá também com os contratos de gestão e os termos de parceria. Rodrigues (2012, p. 169) discorre sobre a desconsideração da capacidade técnica das

organizações sociais nos requisitos previstos pelo legislador para qualificação dessas entidades:

Examinar as características atribuídas pelo legislador às entidades qualificadas como organizações sociais parece envolver, necessariamente, uma reflexão acerca das potenciais falhas contidas no modelo federal e da possibilidade de aprimoramento deste. Inicialmente, há a questão do ato de qualificação das entidades candidatas, envolto por requisitos que não parecem garantir um efetivo controle interno das atividades desenvolvidas pela organização social. Tem-se, a título exemplificativo, o requisito da previsão de criação de um Conselho de Administração com massiva participação de representantes do Poder Público, cuja eficácia e utilidade são discutíveis, ao mesmo tempo em que se opta por dispensar a entidade candidata da necessidade de demonstração de qualquer habilitação técnica e econômico-financeira mais minuciosa.

Imperioso observar que a inércia da Administração Pública em obter comprovação da capacidade das entidades sem fins lucrativos com quem pretende firmar parcerias pode culminar na irregular aplicação dos recursos públicos. Identificar com precedência a incapacidade técnica de determinada organização possibilita que os recursos venham a ser aplicados em atividades que de fato serão executadas e reverterão benefícios para a sociedade.

Cumpre destacar que a Lei n. 13.019/2014 estabeleceu, como requisitos para celebração de termos de colaboração e termos de fomento, tempo mínimo de existência, experiência prévia comprovada no objeto da parceria, comprovação de instalações, condições materiais e capacidade técnica e operacional para desenvolver as atividades previstas na parceria (art. 33, V). A mencionada lei também alterou o texto da Lei das OSCIPs (Lei n. 9.790/1999) e passou a exigir que, para qualificar-se, a entidade sem fins lucrativos precisa comprovar funcionamento regular há, no mínimo, três anos.

Pode-se perceber, nesse contexto, que o novo marco regulatório do terceiro setor buscou aprimorar os instrumentos de parceria, ao determinar requisitos mínimos de qualificação dessas entidades. Lembra-se, no entanto, que a referida norma não se aplica aos contratos de gestão celebrados com organizações sociais.

### **3.4. Parceria com o setor privado como fuga ao Regime Jurídico Público**

No tópico 3.1 deste Capítulo, comentou-se sobre a fragilidade das justificativas dadas à reforma gerencial do Estado, que não possuem sustentabilidade, motivo pelo qual se pode suspeitar da existência de outros motivos não explicitados. Considera a doutrina

administrativista brasileira que o principal motivo da proposta de reforma do aparelho do estado foi, na verdade, o anseio pela fuga do regime jurídico de Direito Público.

Sobre essa feição, Di Pietro (2015b, p. 329) comenta que, em decorrência do tratamento equivalente entre a Administração Direta e a Indireta dado pelo texto constitucional,

aliada à tradição brasileira de desprezo à legalidade, de nepotismo, de apadrinhamento, somada aos ideais do neo-liberalismo, do Estado subsidiário, levaram à procura de mecanismos de fuga ao regime jurídico administrativo. É possível mesmo dizer, sem receio de errar, que a própria privatização não esconde o anseio de fugir ao regime jurídico de direito público. Sob o pretexto de ineficiência da Administração Pública, procuram-se os meios privados de atuação.

O texto mesmo do PDRAE citava a “burocratização” administrativa trazida pela Constituição Federal como fator que teria levado à sua proposição, remetendo à necessidade de flexibilização por motivos que alegava puramente gerenciais, com vistas à atuação estatal de melhor qualidade. Não admitiu expressamente, porém, a tentativa de fugir ao regime retraído que a Constituição reservou ao setor público.

Barbado (2003) considera que os defensores dessa nova administração pública nos moldes gerenciais pregam uma flexibilização, na verdade, do princípio da legalidade. Ao determinar que a ênfase maior passasse a ser nos resultados, nas metas e não nos procedimentos, impôs que matérias vitais como licitações, contratações de bens e serviços, bem como seleção e contratação dos servidores públicos seguissem esses modelos mais flexíveis, em detrimento, muitas vezes, do legítimo interesse público. Isso porque, segundo observa Ribeiro (2003), na prática, o que se vê é a transferência da atividade de um órgão estatal para uma pessoa jurídica de direito privado que, nessa condição, é livre do dever de licitar e de realizar concurso público.

De modo semelhante, Nascimento (2006, p. 253) comenta que

a administração gerencial envolve problemas. De um lado, ela promove flexibilização e autonomia, ambas interessantes, em confronto com a rigidez burocrática que às vezes dificulta o processo de tomada de decisões e as iniciativas no modelo burocrático de administração. Mas de outro, cria uma região de fronteira entre público e privado, que pode se constituir em um “limbo” perigoso, pois permitem procedimentos típicos da esfera privada, ao mesmo tempo que os gestores agem com a chancela do estado. De modo sucinto, pode-se dizer que o gerencialismo não oferece garantias do ponto de vista da sustentação do interesse público.

Essa suposta contrariedade da flexibilização da Administração ao real interesse público, segundo afirmaram os autores mencionados, decorre do fato de que a Constituição, ao prever procedimentos rígidos para a gestão da coisa pública, visava proteger aqueles bens considerados de todos, dificultando sua malversação por gestores que não estivessem bem-intencionados. Ao criar práticas que fogem a essas regras, submetendo recursos públicos e prestação de serviços ao regime de Direito Privado, o gerencialismo concedeu abertura para a livre disposição do dinheiro público, o que permite sua utilização com finalidades que não são, de fato, públicas.

Gera-se, dessa forma, a possibilidade de desvio de finalidade na aplicação efetiva dos recursos destinados a essas entidades sem fins lucrativos, exatamente o que a Constituição buscou evitar ao estabelecer regras austeras e princípios limitadores para a Administração Pública.

Esses instrumentos, cuja criação possibilitou essa ruptura, são, em muitas situações, utilizados com o escancarado propósito de desvio de recursos públicos. Algumas são evidentes, como aconteceu em duas operações recentes da Diretoria Estadual de Investigações Criminais (DEIC) de Santa Catarina, eclodidas em junho de 2016, as quais trouxeram à tona amplos esquemas de desvio de dinheiro público por intermédio de organizações sociais e culminaram na prisão preventiva de dirigentes, servidores públicos e mesmo de um ex-deputado estadual em diferentes cidades do Estado (G1, 2016).

Nesse tocante ainda, Violin (2006) chama atenção para o fato de que, mesmo desconsiderando-se os desvios, grande parte dos recursos repassados pelo Estado a essas entidades não chega aos seus destinatários finais, utilizados, muitas vezes, para custear os gastos operacionais das organizações, inclusive com pagamento de altos salários aos seus funcionários e dirigentes.

Conforme se viu anteriormente, as legislações que estabeleceram os contratos de gestão e os termos de parceria previram a exigência de limitações às remunerações dos dirigentes das entidades, o que não acontecia, entretanto, com os convênios. A lei 13.019/2014, que substituiu em grande parte a utilização dos convênios, aliás, define que as despesas de remuneração da equipe, durante a vigência da parceria, poderão ser pagas com recursos públicos repassados, mas não prevê limitações aos valores que podem ser alocados a esse título.

No entender de Queiroz (2011), outras irregularidades acabam ainda por ser perpetradas por meio dessas entidades, dentre as quais podem ser citadas falsas transações comerciais com empresas fantasmas, nepotismo indireto, lavagem de dinheiro ilícito, uso

político-eleitoreiro de recursos públicos, favorecimentos pessoais, burla das exigências de licitação e de concurso público e contratação irregular de pessoal.

Diante dessa realidade, muito embora as entidades sem fins lucrativos não sejam integrantes da Administração Pública, faz-se indispensável a incidência de algumas normas de direito público na gestão dos recursos repassados, a exemplo do que já se comentou no tópico 2.1 deste trabalho. Para que se possa evitar ou minimizar esses desvios é também relevante a implantação de um sistema eficiente e integrado de controle, com participação do órgão que instituiu a parceria, dos órgãos de controle externo e mesmo da sociedade. Sobre a importância do controle, far-se-ão alguns comentários no próximo tópico.

#### 3.4.1. Relevância do controle na aferição de resultados dos serviços delegados

Qualquer que seja o instrumento de delegação a ser celebrado, nenhum deles se mostrará isento de falhas ou eficiente se não lhe ocorrerem meios de fiscalização e controle. Para Queiroz (2011), a criação desses mecanismos tende a permitir que o trabalho das entidades sérias, que são comprometidas com a execução de atividades voltadas à sociedade, não seja prejudicado pela atuação das entidades oportunistas e desonestas. Carvalho Filho (2016) também argumenta que o sucesso das parcerias depende da fiscalização das entidades para acompanhar o cumprimento dos objetivos dos instrumentos firmados, e acredita que é a falta de fiscalização que facilita a ocorrência de desfiguração de suas finalidades.

Além da fiscalização exercida pelo Tribunal de Contas decorrente do exercício da sua função constitucional, e pelo Ministério Público em caso de irregularidades, é importante que o próprio órgão que celebrou o instrumento de delegação acompanhe o cumprimento da parceria.

Conforme ficou expresso no capítulo 2, os instrumentos do contrato de gestão, do termo de parceria, e mesmo a lei que instituiu os termos de colaboração e de fomento, exigem a instituição de uma comissão de avaliação responsável por acompanhar a execução das atividades repassadas pela formalização da parceria, de forma que haja controle operacional da parceria. A efetividade dessa forma de controle pelo próprio órgão, seja pela comissão de avaliação, seja pela unidade de controle interno do órgão, auxilia na detecção de possíveis falhas e na correção de desvios antes de sua solidificação.

Possui também grande relevância, nesse contexto, o controle social das parcerias firmadas pelo Poder Público. De acordo com Gimenes (2010, p. 131), a sociedade civil tem

grande responsabilidade na “participação contínua no processo de gestão pública, uma vez que esse é um direito assegurado pela Constituição Federal”, pelo qual o cidadão participa da formulação das políticas públicas e da fiscalização da aplicação de recursos públicos.

Exercer controle social implica na participação do cidadão, junto ao Estado, na elaboração de políticas e compartilhamento de responsabilidades de maneira a evitar irregularidades e aumentar a efetividade dos programas públicos. Essa atuação social vem ganhando cada vez mais espaço, em todas as áreas de atuação estatal, com a regulamentação do acesso à informação pela Lei n. 12.527/2011, que exige a divulgação de informações na *internet* por todas as entidades da Administração Direta e Indireta. O artigo 2º da Lei prevê ainda que “Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos”, seja por contratos de gestão, termos de parceria, convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres.

Assim, a efetiva disponibilização de informações ao cidadão-cliente dessas organizações e a tomada de consciência social acerca da importância da utilização dessas informações para exigir, de fato, uma atuação eficiente da Administração Pública e de seus parceiros, podem representar uma contribuição permanente na fiscalização desses instrumentos de delegação de serviços públicos e cooperar para que a utilização deles resulte em benefícios concretos a toda sociedade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As constantes transformações sociais impactam diretamente no conceito de serviço público e na concepção daquilo que deve ser oferecido pelo Estado. Ainda que não haja um conceito último de serviço público, ele é entendido atualmente no Brasil como as atividades que a Constituição ou a lei impõem prestação pelo Estado ou seus delegatários, com a finalidade de atender necessidade, utilidade, comodidade ou conveniência pública, submetidas total ou parcialmente ao regime jurídico de direito público.

Além de influenciar no conceito, as mudanças jurídicas e sociais também interferem constantemente na forma de prestação desses serviços, pelas modificações das necessidades sociais ou dos próprios métodos e processos envolvidos na disponibilização das utilidades.

A Constituição de 1988 buscou, após o regime militar autoritário, estabelecer suas bases democráticas e sociais, definindo como responsabilidade do Estado a prestação dos serviços mais elementares aos cidadãos, como saúde, educação e segurança. Estabeleceu, do mesmo modo, ferramentas que visavam fortalecer a correta utilização do patrimônio do Estado voltada ao interesse público, pela instituição de formas rígidas de administrar o setor público.

Esse enrijecimento deu causa à Reforma do Aparelho do Estado, em 1995, que propôs, entre outras mudanças, uma redução do aparelho administrativo, com a transferência dos serviços categorizados como não-exclusivos a entidades do setor privado. Para isso, entre outras mudanças efetuadas, criaram-se instrumentos que permitiram a prestação dos serviços, antes sob responsabilidade do Estado, por entidades da sociedade civil sem fins lucrativos, como os convênios, os contratos de gestão, os termos de parceria, termos de colaboração e de fomento e os acordos de cooperação.

Todos esses instrumentos, respeitadas as características e os requisitos próprios, possibilitam a delegação de serviços públicos a entidades sem fins lucrativos, que passam a prestá-los, em geral, por meio de contrapartida financeira do Estado. Trazem como vantagem, em tese, a submissão ao regime jurídico de direito privado, o que traria mais dinamicidade e flexibilidade à gestão dos serviços prestados.

A criação desses instrumentos, no entanto, demonstrou-se permeada por fragilidades, e a sua implementação implica, exatamente por conta da flexibilidade a eles inerentes, em situações que a Constituição tentou evitar ao definir procedimentos burocráticos para a gestão pública.



Dentre as críticas que podem ser feitas a esses instrumentos, tem-se, em primeiro lugar, que a justificativa dada a sua criação na verdade não se sustenta, visto que embora as atividades deixem de ser prestadas pelo Estado, seus custos continuam suportados por ele, e a transferência tampouco representou melhoria na prestação dos serviços. Também, ao compactuarem com o Estado, as entidades sem fins lucrativos deixam de exercer importante papel reivindicatório na sociedade, enfraquecendo o controle social. Além disso, apesar de algumas das leis que criam os instrumentos exigirem qualificação técnica para a assunção da prestação dos serviços, esse requisito é, em geral, desconsiderado, exigindo-se tão somente uma declaração dos responsáveis, sem, contudo, aferir sua veracidade.

A principal crítica, porém, tem relação com a fuga do regime jurídico administrativo, haja vista que, pelo fato de as entidades pactuantes serem privadas, não estão submetidas ao regime constitucional público. Ainda que indiretamente, essa fuga contribui para a má utilização dos recursos públicos e dá azo a irregularidades na utilização dos repasses, visto que, se com critérios rígidos e bem definidos para a Administração Pública já ocorrem irregularidades, ao não se submeterem totalmente a esses critérios, as entidades privadas sem fins lucrativos podem mais facilmente virem a ser utilizadas para interesses escusos de gestores mal-intencionados.

Para se evitar essa problematização, é indispensável o fortalecimento das ferramentas de controle, envolvendo aí o controle interno, externo e social. Nesse intento, a Lei de Acesso à Informação, promulgada em 2011, vem a contribuir de maneira fundamental, ao facilitar a fiscalização pela sociedade.

Verifica-se, portanto, a essencialidade da manutenção de algumas ferramentas burocráticas, de modo a resguardar o dinheiro público e voltar sua efetiva aplicação às necessidades sociais.

Assim, a Lei n. 13.019/2014, denominada “marco regulatório do terceiro setor” veio ao encontro disso, ao discriminar requisitos mais sólidos para a celebração de parcerias entre poder público e organizações da sociedade civil, assim como visou implantar diversas formas de fiscalização durante e depois da execução das atividades. Algumas das mudanças trazidas por essa lei são a exigência de chamamento público para seleção das entidades a celebrarem parceria, a essencialidade da elaboração de plano de trabalho e do seu acompanhamento, bem como a primazia pela transparência na execução das atividades pelas entidades sem fins lucrativos.

Como se viu, porém, esses preceitos não se aplicarão aos contratos de gestão com as organizações sociais e aos termos de parceria com as organizações da sociedade civil de interesse público, remanescendo, dessa forma, os problemas pertinentes a essas modalidades.

Ainda assim, a execução de um controle acirrado por todos os interessados tende a resguardar o verdadeiro interesse público, ao exigir dessas entidades a correta aplicação dos recursos repassados, com vistas a alcançar, de fato, um serviço público mais abrangente e de qualidade.

## REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Serviços públicos**: doutrina, jurisprudência e legislação. Coleção Direito Econômico. São Paulo: Saraiva, 2011.

ALESC. **Problemas no Samu voltam a ser discutidos na Comissão de Saúde da Alesc**. In: <[http://agenciaal.alesc.sc.gov.br/index.php/gabinetes\\_single/problemas-no-samu-voltam-a-ser-discutidos-na-comissao-de-saude-da-alesc](http://agenciaal.alesc.sc.gov.br/index.php/gabinetes_single/problemas-no-samu-voltam-a-ser-discutidos-na-comissao-de-saude-da-alesc)>. Acesso em jun. 2016.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O conceito de serviços públicos no direito constitucional brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, n. 17, Salvador, fev./mar./abr. 2009. In: < <http://www.direitodoestado.com/revista/redae-17-fevereiro-2009-alexandre%20aragao.pdf> > Acesso em: mar/2016.

\_\_\_\_\_. **Direito dos serviços públicos**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BARBADO, Michelle Tonon. O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado e as Organizações Sociais. In: PEREIRA, Cláudia Ferreira de Oliveira (Org.). **O novo direito administrativo brasileiro**: o Estado, as agências e o terceiro setor. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF**, 22 jun. 1993.

\_\_\_\_\_. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: Presidência da República, 1995.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.532, de 10 de dezembro de 1997. Altera a legislação tributária federal e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF**, 11 dez. 1997.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF**, 18 maio 1998.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.648, de 27 de maio de 1998. Altera dispositivos das Leis no 3.890-A, de 25 de abril de 1961, no 8.666, de 21 de junho de 1993, no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no 9.074, de 7 de julho de 1995, no 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e autoriza o Poder Executivo a promover a reestruturação da Centrais Elétricas Brasileiras - ELETROBRÁS e de suas subsidiárias e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF**, 28 maio 1998.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.649, de 27 de maio de 1998. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 maio 1998.**

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 24 mar. 1999.**

\_\_\_\_\_. Decreto n. 6.170, de 25 de julho de 2007. Dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 26 jul. 2007.**

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 18 nov. 2011.**

\_\_\_\_\_. Lei n. 13.019, de 31 de julho de 2014. Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil; e altera as Leis nos 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1º ago. 2014.**

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923. Partido dos Trabalhadores e Presidência da República. Relator Ministro Luiz Fux. **DJE**, 4 maio 2015. In: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1923&classe=A DI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M> >. Acesso em jun. 2016.

\_\_\_\_\_. **Portal da Transparência.** Transferências de Recursos Por Favorecido (Entidades Sem Fins Lucrativos). In < <http://www.portaltransparencia.gov.br/PortalTransparenciaPesquisaFavorecido.asp?hidIdTipoFavorecido=2&hidNumCodigoTipoNaturezaJuridica=3&Exercicio=2015> >. Acesso em jun. 2016.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**, Ano 47, v. 120, n. 1, 1996.

\_\_\_\_\_. Uma reforma gerencial da Administração Pública. **Revista do Serviço Público**, Ano 49, n. 1, 1998.

CABRAL, Eloísa Helena de Souza. A gestão social do terceiro setor e suas dualidades. **Revista Administração em Diálogo**, n. 11, v.2, 2008.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discrecionalidade administrativa no Estado constitucional de direito**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

COSTA, Frederico Lustosa da. Brasil: 200 anos de estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 42, 5, 829-874, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015a.

\_\_\_\_\_. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2015b.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GIMENES, Éder Rodrigo. Transparência na prestação de contas por organizações do Terceiro Setor. **Revista Urutágua – acadêmica multidisciplinar – DCS/UEM**, n. 20, jan./abr. 2010.

GUIMARÃES, Guilherme Cintra. O Direito Administrativo e a Reforma do Aparelho do Estado: uma Visão Autopoiética. In: PEREIRA, Cláudia Ferreira de Oliveira (Org.). **O novo direito administrativo brasileiro**: o Estado, as agências e o terceiro setor. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

G1. **Entenda como ocorrem as fraudes nos convênios entre ONGs e governos**. out./2011. In: < <http://g1.globo.com/politica/noticia/2011/10/entenda-como-ocorrem-fraudes-nos-convenios-entre-ongs-e-governos.html> >. Acesso em: jun. 2016.

G1. **Ex-deputado preso em SC é suspeito de desviar recursos de ONGs**. jun./2016. In: < <http://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2016/06/ex-deputado-presos-em-sc-e-suspeito-de-desviar-recursos-de-ongs.html> >. Acesso em: jun./2016.

IPEA. **Transferências Federais a Entidades Privadas sem Fins Lucrativos (1999-2010)**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.- Brasília /Rio de Janeiro, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LIMA JÚNIOR, Olavo Brasil de. As reformas administrativas no Brasil: modelos, sucessos e fracassos. **Revista do Serviço Público**, Ano 49, n. 2, abr./jun. 1998.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 19. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENDES, Michelle Diniz. Comprovação de capacidade técnica gerencial nos convênios. **Revista Consultor Jurídico**, jan. 2016. In.: < <http://www.conjur.com.br/2016-jan-16/michelle-mendes-comprovacao-capacidade-tecnica-convenios> >. Acesso em jun. 2016.

MONTAÑO, Carlos E. O projeto neoliberal de resposta à 'questão social' e a funcionalidade do 'terceiro Setor'. **Revista Lutas Sociais**, NEILS/PUC-SP, São Paulo: Ed. Pulsar, n. 8, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NASCIMENTO, Edson Ronaldo. **Gestão Pública**. São Paulo: Saraiva, 2006.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. **Um Estado para a sociedade civil**: temas éticos e políticos da gestão democrática, 2. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Administração pública, concessões e terceiro setor**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2015.

OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. **As Organizações Sociais e o Novo Espaço Público**. Forianópolis: Fepese/Editorial Studium, 2005.

PAES, José Eduardo Sabo. Terceiro Setor: Conceituação e Observância dos Princípios Constitucionais Aplicáveis à Administração Pública. In: PEREIRA, Cláudia Ferreira de Oliveira (Org.). **O novo direito administrativo brasileiro**: o Estado, as agências e o terceiro setor. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

QUEIROZ, Júlio César Schroeder. Parcerias entre o poder público e o terceiro setor: o controle pelos tribunais de contas. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, v. 80, n. 3, jul./set. 2011.

RODRIGUES, Renata da Silva. O público não estatal: as organizações sociais. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 11 – n. 39, jul./dez. 2012.

SPDM. **Portal da Transparência**. Prestação de contas mensal. 2016. In.: < <http://www.spdmpais.org.br/site/Transparencia/693-portal-da-transparencia-samu.html> >. Acesso em jun. 2016.

SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público “à brasileira”? **Revista da Procuradoria-Geral do Estado** [do Rio Grande do Sul]. V. 27, n. 57 Supl. Porto Alegre: 2003.

SOUZA, Selma Chorro de. MELLO, Mônica Seixas de Oliveira. **A evolução histórica do serviço público e a necessidade da transformação do servidor público**. 2013. In.: < [http://www.convibra.org/upload/paper/2013/38/2013\\_38\\_6812.pdf](http://www.convibra.org/upload/paper/2013/38/2013_38_6812.pdf) > Acesso em: fev. 2016.

VIOLIN, Tarso Cabral. **Uma análise crítica do ideário do “terceiro setor” no contexto neoliberal e as parcerias entre a Administração Pública e a sociedade civil organizada**

**no Brasil.** 2006. 241 f. Dissertação – (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.